# Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht

Zweiter Band

— Kartellrechtliche Bestimmungen
des EWG-Vertrages

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines
Doctor iuris der Rechts- und
wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

CHRISTIAN J. MEIER
von Lommiswil und Bellach

Verlag Rüegger Diessenhofen 1979

Christian J. Meier

# Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht

Zweiter Band

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548904_0002

# Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht

Zweiter Band

— Kartellrechtliche Bestimmungen
des EWG-Vertrages

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines
Doctor iuris der Rechts- und
wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

CHRISTIAN J. MEIER

von Lommiswil und Bellach

Verlag Rüegger Diessenhofen 1979

Die Fakultät hat diese Arbeit am 5. Juli 1979 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Walter R. Schluep als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung zu beziehen.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

## INHALTSÜBERSICHT

### Erster Band


1. Teil: Absatzwirtschaftliche Betrachtung des selektiven Vertriebs 25

1. Abschnitt: Grundlagen der selektiven Absatzpolitik und der Abnehmerselektion 27

§ 1 Marketing-Konzept und Vertrieb 29
I. Die Marketing-Konzeption 29
II. Vertrieb, Vertriebsweg, Vertriebswegeentscheidung 32
III. Wandel in den Vertriebswegen als wirtschaftlicher Hintergrund des selektiven Vertriebs 35

§ 2 Grundzüge selektiver Absatzpolitik 39
I. Marktpolitik und Selektion 39
II. Selektive Absatzpolitik 41

§ 3 Die Abnehmerselektion 47
I. Selektionskriterien und Selektionsprozesse 47
II. Selektionsformen 60

§ 4 Begriff des selektiven Vertriebs 65
I. Ausgangslage 65
II. Begriff des selektiven Vertriebs in der Literatur 66
III. Stellungnahme, Verdeutlichung und Definition 67

2. Abschnitt: Selektiver Vertrieb und Marketing-Politik 71

§ 5 Determinanten selektiver Vertriebssysteme 75
I. Produktspezifische Determinanten 75
II. Unternehmensspezifische Determinanten 81
III. Marktspezifische Determinanten 85

§ 6 Absatzwirtschaftliche Bedeutung der einzelnen Selektionskriterien 93
I. Qualitative Selektion 93
II. Quantitative Selektion 108

§ 7 Die Stellung von Produzent und Händler im selektiven Vertrieb 111
I. Zur Frage der "Marketingführerschaft" in selektiven Vertriebssystemen 111
II. Die Stellung des Produzenten 113
III. Die Stellung des Händlers 137

2. Teil: Die Ausgestaltung des selektiven Vertriebs 149

§ 1 Das Vertragswerk 150
I. Selektion und Vertragswerk: Die zwei konstituierenden Bestandteile selektiver Vertriebssysteme 150
II. Selektiver Vertrieb ohne vertragliche Unterlage 152
III. Die einzelnen Vertragsklauseln 162

§ 2 Seinstypen des selektiven Vertriebs 229
I. Modelle selektiver Vertriebssysteme 229
II. Seinstypische Vertragsklauseln 231

§ 3 Zivilrechtliche Probleme 235
I. Die Rechtsnatur der Vertragshandelsverträge 235
II. Übersicht über zivilrechtliche Probleme 240

3. Teil: Selektiver Vertrieb, Wettbewerb und Recht der Wettbewerbsbeschränkungen 245

1. Abschnitt: Die Auswirkungen des selektiven Vertriebs auf den Wettbewerb 247

§ 1 Wettbewerbstheoretische Grundlagen 249

I. Der selektive Vertrieb als vertikale Wettbewerbsbeschränkung 249
II. Erscheinungsformen des vom selektiven Vertrieb berührten Wettbewerbs 257

§ 2 Wettbewerbswirkungen des selektiven Vertriebs 262
I. Die massgeblichen Ansatzpunkte 263
II. Typologie der Vertikalbeschränkungen 265
III. Wettbewerbswirkungen der einzelnen Beschränkungstypen 269

2. Abschnitt: Selektion und selektiver Vertrieb im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen 295

§ 3 Selektion, Marktwirtschaft und Kartellrecht 297

§ 4 Vertriebsgestaltungsfreiheit und Wettbewerbsverfassung 301

§ 5 Aspekte der wettbewerbspolitischen Diskussion um den Zugriff auf vertikale Vertriebssysteme 307
I. Vertikale Intervention versus Konzentration 307
II. Vertikale Intervention versus Uniformierung im Absatz 310
III. Normtechnische Anknüpfungspunkte im vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsrecht 311

**Zweiter Band**

4. Teil: Der selektive Vertrieb im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften 15

1. Abschnitt: Europäisches Kartellrecht und vertikale Intervention 17

§ 1 Wettbewerb und Wettbewerbspolitik in der EWG 19

§ 2 Grundsatzfragen für die Normierung vertikaler Intervention durch das EWG-Kartellrecht 25
I. Wettbewerbspolitische Zielformeln 25
II. Die geschützten Wettbewerbsformen 34
III. Art. 85 und vertikale Sachverhalte 40
IV. Art. 85 und Systeme von Parallelverträgen 42

§ 3 Die Rechtsanwendung über vertikale Intervention 47
I. Kommission 48
II. Gerichtshof 86

2. Abschnitt: Der selektive Vertrieb und die einzelnen Tatbestandselemente von Art. 85 95

§ 4 Vereinbarungen zwischen Unternehmen 99
I. Unternehmen 99
II. Vereinbarungen 110

§ 5 Wettbewerbsbeschränkung 123
I. Die "Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs" im allgemeinen 123
II. "Wettbewerbsbeschränkung" und die einzelnen Klauseln des selektiven Vertriebs 136

§ 6 Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels 177
I. Die "Handelsbeeinträchtigung" im allgemeinen 177
II. "Handelsbeeinträchtigung" und die einzelnen Klauseln des selektiven Vertriebs 187

§ 7 Freistellungsvoraussetzungen 215
I. Die Freistellungsvoraussetzungen im allgemeinen 215
II. Die Freistellungsvoraussetzungen und die einzelnen Klauseln des selektiven Vertriebs 243

§ 8 Ergebnisse und Ausblick 319

## INHALTSVERZEICHNIS ZWEITER BAND


**4. Teil: Der selektive Vertrieb im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften** 15

1. Abschnitt: Europäisches Kartellrecht und vertikale Intervention 17

§ 1 Wettbewerb und Wettbewerbspolitik in der EWG 19

§ 2 Grundsatzfragen für die Normierung vertikaler Intervention durch das EWG-Kartellrecht 25
- I. Wettbewerbspolitische Zielformeln (Institutions- / Freiheitsschutz) 25
- II. Die geschützten Wettbewerbsformen 34
- III. Art. 85 und vertikale Sachverhalte 40
- IV. Art. 85 und Systeme von Parallelverträgen 42

§ 3 Die Rechtsanwendung über vertikale Intervention 47
- I. Kommission 48
  - 1. Entscheide 48
    - a) Grosfillex/Fillistorf 48
    - b) Mertens & Straet/Bendix 49
    - c) Nicholas/Vitapro 49
    - d) Rieckermann/AEG-Elotherm 50
    - e) Kodak 52
    - f) Omega 53
    - g) Pittsburgh Corning Europe 57
    - h) Du Pont de Nemours 59
    - i) Philips 59
    - k) BMW 61
    - l) Goodyear/Euram 65
    - m) SABA 66
    - n) Junghans 70
    - o) Gerofabriek 73
    - p) Distillers 74
    - q) Gewürze 77
    - r) BMW Belgium 79

2. Mitteilungen, Äusserungen von Beschwerdepunkten 81
a) Agfa-Gevaert 81
b) Citroen 82
c) Sperry Rand 83
d) Constructa 84
e) AEG-Telefunken 84
f) Dior/Lancôme 85
g) Französische Mineralwasserfirmen 85
h) Zanussi 86
II. Gerichtshof 86
1. Rochas 86
2. Metro 87

2. Abschnitt: Der selektive Vertrieb und die einzelnen Tatbestandselemente von Art. 85 95

Vorbemerkung: Der Untersuchungsmodus 97

§ 4 Vereinbarungen zwischen Unternehmen 99
I. Unternehmen 99
1. Konzerninterne Vertriebsbeschränkungen 101
2. Vertrieb über Handelsvertreter 106
II. Vereinbarungen 110
1. Der Vertragshändlervertrag als Vereinbarung 110
2. Vertragslose Vertikalintervention 112
3. Insb.: Die Selektion 118

§ 5 Wettbewerbsbeschränkung 123
I. Die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im allgemeinen 123
II. "Wettbewerbsbeschränkung" und die einzelnen Klauseln des selektiven Vertriebs 136
1. Bindungen des Warenlaufs 136
a) Absatzbindungen 136
aa) Räumliche Absatzbindung (Alleinvertrieb) 136
bb) Persönliche Absatzbindungen 142
b) Bezugsbindungen 144

aa) Bezugsbindungen betr. Vertragswaren 144
bb) Bezugsbindungen betr. Fremdwaren 145
c) Vertriebsbindungen 150
d) Gebietsschutzbindungen 157
2. Bindungen der Angebotsgestaltung 166
a) Bindungen hinsichtlich des parteiexternen Verhältnisses 166
aa) Bindungen über die Vertragsgestaltung mit Dritten 166
bb) Bindungen generellen Absatz- und Unternehmensverhaltens 167
α) Interessenwahrnehmungs- und Absatzförderungsbindungen 167
β) Marketing-politische Bindungen 168
γ) Warenzeichenbindungen 173
δ) Konkurrenzverbote 173
b) Bindungen hinsichtlich des parteiinternen Verhältnisses 174
aa) Kaufvertraglicher Rahmen (insb. Mindestabnahmepflichten) 174
bb) Informations- und Kooperationsbindungen 175

§ 6 Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels 177
I. Die Handelsbeeinträchtigung im allgemeinen 177
II. "Handelsbeeinträchtigung" und die einzelnen Klauseln des selektiven Vertriebs 187
1. Bindungen des Warenlaufs 187
a) Absatzbindungen 187
aa) Räumliche Absatzbindung (Alleinvertrieb) 187
bb) Persönliche Absatzbindungen 192
b) Bezugsbindungen 194
aa) Bezugsbindungen betr. Vertragswaren 194
bb) Bezugsbindungen betr. Fremdwaren 194
c) Vertriebsbindungen 196
d) Gebietsschutzbindungen 200

2. Bindungen der Angebotsgestaltung 206
a) Bindungen hinsichtlich des parteiexternen Verhältnisses 206
aa) Bindungen über die Vertragsgestaltung mit Dritten 206
bb) Bindungen generellen Absatz- und Unternehmensverhaltens 207
α) Interessenwahrnehmungs- und Absatzförderungsbindungen 207
β) Marketing-politische Bindungen 207
γ) Warenzeichenbindungen 211
δ) Konkurrenzverbote 211
b) Bindungen hinsichtlich des parteiinternen Verhältnisses 212
aa) Kaufvertraglicher Rahmen (insb. Mindestabnahmepflichten) 212
bb) Informations- und Kooperationsbindungen 213

§ 7 Freistellungsvoraussetzungen 215
I. Die Freistellungsvoraussetzungen im allgemeinen 215
1. Funktion und wettbewerbspolitischer Gehalt der Freistellungsklausel 215
2. Grundzüge der EWG-Freistellungsordnung 220
3. Gruppenfreistellungen, insb. Vo 67/67 223
4. Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 85 Abs. 3 229
a) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, Förderung technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts 229
b) Angemessene Beteiligung der Verbraucher 232
c) Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung 236
d) Nichtausschaltung wesentlichen Wettbewerbs 239
II. Die Freistellungsvoraussetzungen und die einzelnen Klauseln des selektiven Vertriebs 243
1. Gruppenfreistellung selektiver Vertriebssysteme 243

2. Einzelfreistellung selektiver Vertriebssysteme 245
a) Bindungen des Warenlaufs 245
aa) Räumliche Absatzbindungen (Alleinvertrieb) 245
α) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, Förderung technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts 245
β) Verbraucherbeteiligung 251
γ) Unerlässlichkeit 254
δ) Nichtausschaltung wesentlichen Wettbewerbs 255
bb) Bezugsbindungen betr. Fremdwaren 257
α) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, Förderung technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts 257
β) Verbraucherbeteiligung 261
γ) Unerlässlichkeit 263
δ) Nichtausschaltung wesentlichen Wettbewerbs 267
cc) Gebietsschutzbindungen 269
α) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, Förderung technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts 269
β) Verbraucherbeteiligung 276
γ) Unerlässlichkeit 277
δ) Nichtausschaltung wesentlichen Wettbewerbs 283
dd) Persönliche Warenlaufbindungen 283
α) Marktstufenspezifische Warenlaufbindungen 283
αα) Regelung des Horizontalverkehrs 283
ββ) Regelung des Vertikalverkehrs 284
β) Marktstufenindifferente Warenlaufbindungen 287
αα) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, Förderung techni-

schen oder wirtschaftlichen Fortschritts 287
ββ) Verbraucherbeteiligung 302
γγ) Unerlässlichkeit 303
δδ) Nichtausschaltung wesentlichen Wettbewerbs 308
b) Bindungen der Angebotsgestaltung 309
aa) Bindungen hinsichtlich des parteiexternen Verhältnisses 309
α) Bindungen über die Vertragsgestaltung mit Dritten 309
β) Bindungen generellen Absatz- und Unternehmensverhaltens 310
αα) Interessenwahrnehmungs- und Absatzförderungsbindungen 310
ββ) Marketing-politische Bindungen 310
γγ) Warenzeichenbindungen 315
δδ) Konkurrenzverbote 315
bb) Bindungen hinsichtlich des parteiinternen Verhältnisses 316
α) Kaufvertraglicher Rahmen (insb. Mindestabnahmepflichten) 316
β) Informations- und Kooperationsbindungen 317

§ 8 Ergebnisse und Ausblick 319

Literaturverzeichnis 325

Entscheidregister 363

Abkürzungsverzeichnis 369

# 4. TEIL:

# DER SELEKTIVE VERTRIEB IM KARTELLRECHT DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN

# 1. Abschnitt:

# Europäisches Kartellrecht und vertikale Intervention

## § 1 Wettbewerb und Wettbewerbspolitik in der EWG

I. Gleich jedem nationalstaatlichen Rechtsetzer stellte sich auch den Gründern der EG die Frage, wie das *Koordinationsproblem* im erstrebten gemeinsamen Wirtschaftsraum zu bewältigen sei.[1] Zur Auslese standen dem Prinzipe nach zwei Steuerungsmodelle an: der Plan und der Wettbewerb[2]; weder das eine noch das andere freilich in idealtypischer Ausformung, sondern als – im Sinne einer *"mixed economy"* – zwischen diesen beiden Extremen gelegene Mischform mit systemprägender Dominanz des einen. Wie jeder weiss, wählte man eine unverkennbar der *Marktwirtschaft* verpflichtete Ordnung.[3] Der Wettbewerb wurde zum zentralen Gehalt der gemeinschaftlichen Wirtschaftsverfassung gemacht.[4] Die Gründe hiefür erschliessen sich leicht: Koordination vermittels Konkurrenz heisst (im Grundsatz) zentralbehördliche Planungsabstinenz, dezentralisiert sonach wirtschaftliche Entscheidungsgewalt, durchwegs im Sinne der föderalistischen Struktur der

1 Zum *wirtschaftsrechtlichen* Ausgangssachverhalt vergl. SCHLUEP, Überbordungsgefahren, 9, ders., Wirtschaftsrecht, 71, ders., Wettbewerbspolitik, 95, ders., Nachfragemacht, 565 f., WILLEMSEN 140, ZIYLSTRA 48 und GYGI 28 f.; grundlegend auch JÖHR 231 f. und SCHÜRMANN, Gemeinwohl, 531 f.

2 Zur Gegenüberstellung von Plan- und Marktwirtschaft vergl. etwa EUCKEN 126 f., HENSEL 27 f. und HEDTKAMP G., Wirtschaftssysteme, Theorie und Vergleich, München 1974.

3 Als Belege ziehe man etwa die Präambel des EWGV (Gewährleistung eines "redlichen Wettbewerb(s)"), Art. 3 lit. f (Schutz des Wettbewerbs "vor Verfälschungen") sowie die zuständigen Wettbewerbsregeln der Art. 85 f. heran. (Vergl. auch den guten Überblick über sämtliche ordnungspolitisch einschlägigen Vertragsbestimmungen bei GÜNTHER, Grundlagen, 192 f.) – Aus dem Schrifttum HALLSTEIN 118, ZIYLSTRA 49, SCHERER 152 f., VON DER GROEBEN, Aufgaben, 1003, ders., Wettbewerbspolitik, 374, STEINDORFF, Wirtschaftsrecht, 27 f., HAYMANN 26 f., WILLEMSEN 140 f., GÜNTHER, Regelung, 276, ders., Vereinheitlichung, 756 f., VON GAMM 28, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 70, MAILÄNDER, Kommentar, 145.

4 Vergl. zu den materiellen Prinzipien der EG-Wirtschaftsverfassung MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 14 und SCHERER 87 f.; ferner auch VON SIMSON W., Die Marktwirtschaft als Verfassungsprinzip in den Europäischen Gemeinschaften, in: Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen 1967, 55 f.

Gemeinschaft und des nationalstaatlichen Ringens um kleinstmögliche Souveränitätsvergabe.[5] Auch lässt sich Wettbewerb wirkungsvoll der Integration vorspannen. Zufolge der gefallenen Handelsschranken begegnen die Unternehmen auf heimatlichen Märkten neuer (ausländischer) Konkurrenz und ersehen darob gleichzeitig Chance und Zwang, selber in frische Absatzräume sich hinauszuwagen.[6] Endlich ist Wettbewerb jenes System, "das mit der geringsten Zahl der von Anfang an bekannten notwendigen Daten funktionsfähig ist und ... das seine Unzulänglichkeiten in der Koordination selbständig verbessert ..."[7], beides der Marktverschmelzung ganz und gar förderliche Eigenschaften.

Wettbewerb wurde aber nicht nur seiner wirtschaftlichen Vorzüge, sondern ebenso seiner *meta-ökonomischen* (gesellschaftspolitischen) *Ergebnisse* wegen bevorzugt.[8] Zumal erkannte man, dass er umfassend wirtschaftliche Freiheit[9] gewährt, die der persönlichen und politischen Freiheit zur Seite steht und sich mit diesen zur demokratisch verfassten Gemeinschaftsordnung verbindet.[10] [11]

5 Pointiert dazu MÜLLER-ARMACK (zit. nach WILLEMSEN 145): "Es ist nicht gerade ein Ausdruck besonders liberaler Empfindung, die dieses Ergebnis herbeiführte. Man mag das als List der Idee ansehen." – Ähnlich STEINDORFF, Wirtschaftsrecht, 28 und HAYMANN 27.

6 Zur Funktion des Wettbewerbs als "Integrationsmittel" auch SCHLUEP, Vergleich, 8, SCHERER 38, HAYMANN 27 und VON DER GROEBEN, Aufgaben, 1003 f. – Kehrtwendend verstärkt die Integration auch den Wettbewerb: "Wettbewerb und Integration potentieren sich gegenseitig." Der Gemeinsame Markt ist sowohl Voraussetzung wie Ergebnis der Konkurrenzwirtschaft. (WILLEMSEN 114; darüber auch WEBER W., Wettbewerb und Wirtschaftsintegration (dargestellt am Beispiel der EWG), in: Investigations in Economic Theory and Methodology, Essays, in Honour of Marco Fanno, Band II, Padua 1966, 696 f.).

7 WILLEMSEN 146 f.

8 Zum Einbau übergeordneter (ausserwirtschaftlicher) Werte in den Koordinationstypusentscheid vergl. etwa RAUSCHENBACH 101 f., STEINDORFF, Wirtschaftsrecht, 14 f., GYGI/SCHLUEP 89, SCHLUEP, Kritik, 4 f., ders., Wirtschaftsrecht 82.

9 Offenbleiben kann die Frage, ob Freiheit dem wirtschaftlichen oder ausserwirtschaftlichen Zielkatalog einzureihen sei. (Vergl. zur Kontroverse (mit Hinweisen) SCHLUEP, Wettbewerbspolitik, 106 Fn. 70).

10 "Das Ziel des EWG-Vertrages berührt unser aller wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und politischen Lebensbereich. Es liegt ihm die Vorstellung zugrunde, durch Zusam-

Der Wettbewerb versieht in der EG modellmässig die vertrauten Aufgaben: Als Träger *statischer Funktionen* verteilt er die Einkommen (nach dem produktiven Beitrag), steuert die Leistungsangebote (nach Nachfragerwünschen[12]) und lenkt die Produktionsfaktoren.[13] Hierzu gesellen sich *dynamische Funktionen:* Er adaptiert die Erzeugung an den Wandel der ausserwirtschaftlichen Daten, beschleunigt den technischen Fortgang in Produktion und Handel und fördert damit in fine den ökonomischen Wohlstand.[14] [15]

menarbeit Wirtschaftsverhältnisse herbeizuführen, die es den Staatsbürgern ermöglichen, sich bei gesichertem und wachsendem materiellem Wohlstand der Entfaltung der sittlichen und kulturellen Persönlichkeit zu widmen. Die Entfaltung der sittlichen und kulturellen Persönlichkeit ist aber nur denkbar, wenn der Mensch die Möglichkeit der freien Entscheidung über die Gestaltung seines Lebens in der Gesellschaft hat; denn die Freiheit ist unteilbar, d.h. das freiheitliche Prinzip muss in allen Bereichen des Zusammenlebens, also sowohl im kulturellen als auch im politischen und wirtschaftlichen Bereich, in gleicher Weise verwirklicht werden. ... Bei Abschluss des EWG-Vertrages bestand grundsätzliche Übereinstimmung der Vertragsschliessenden über die solcherart freiheitliche Gesellschafts-, Wirtschafts- und Rechtsordnung." (GÜNTHER, Vereinheitlichung, 755 f.; vergl. auch ders., Grundlagen, 195 f.; generell dazu auch POECHE 3413 f., SCHÜRMANN, Gemeinwohl, 535 f. und HENSEL 88 f.).

11 Als weitere ausserwirtschaftliche Vorzüge des Wettbewerbs werden etwa herausgestellt: Dezentralisierung der Macht und Anonymität des Eliminationsentscheides. (Vergl. WILLEMSEN 160 f.).

12 Man beachte freilich die verbraucherschutzpolitischen Vorbehalte bezüglich der Grenzen einer derart unterstellten Konsumentensouveränität. (Dazu etwa SCHERHORN, Verbraucherinteresse, 33 f., MATTHÖFER 23, DICHTL 24 und NEUMANN, Wahlfreiheit, mit zahlreichen weiteren Hinweisen).

13 Zu diesem Allokationsmechanismus z.B. ALCHIAN/ALLEN 95 f. und STIGLER 14 f.

14 Vergl. WILLEMSEN 154 f.; zu den Aufgaben des Wettbewerbs in der EG auch SCHERER 138 f., GÜNTHER, Grundlagen, 194 f. sowie MESTMÄCKER E.J., Offene Märkte im System unverfälschten Wettbewerbs in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: Festschrift für F. Böhm, Karlsruhe 1965, 345 f.

15 Über die Wettbewerbsfunktionen im allgemeinen (statt aller) SCHMIDT 30 f., (mit Zusammenschau über die einschlägigen wettbewerbstheoretischen Lehrmeinungen) und ders., Wettbewerbstheorie, 701 f.

II. Wer sich für den Wettbewerb entschieden, hat ihn noch nicht verwirklicht.[16] Dazu bedarf es der *Wettbewerbspolitik,* die "das Verhalten der Marktteilnehmer dahingehend beeinflussen (will), dass sich die Marktprozesse als Wettbewerbsprozesse abspielen."[17] Im Rahmen der EG erwachsen einer so verstandenen gemeinschaftlichen Wettbewerbspolitik zumal zwei Aufgaben, eine gestaltungs- und eine ordnungspolitische:[18]

Die *Gestaltungspolitik* zielt auf die zur Grossmarktverwirklichung unentbehrliche Einebnung der Wettbewerbsbedingungen für sämtliche Gemeinschaftsunternehmer ab. (Schaffung der institutionellen Grundlagen) Neben der Errichtung der Zollunion und der Ausräumung mengenmässiger Beschränkungen steht im besonderen die Harmonisierung aller nationaler Regelungen rechtlicher, technischer und administrativer Natur an.[19] Bemüht sich die Gestaltungspolitik um die binnenstaatsähnliche Chancengleichheit, verbleibt der *Ordnungspolitik* der Auftrag, eine Selbstaufhebung des supranationalen Wettbewerbs durch seine Mitspieler zu unterbinden. Denn kein Wettbewerb ist "self-maintaining", sondern Konkurrenten verspüren allenthalben Neigung, sich dem Konkurrenzdruck zu entziehen, sei es mittels Wettbewerbsbeschränkung

16 "Der Wettbewerbszustand ergibt sich indessen nicht als Geschenk der Sterne." (GYGI 164 f.).

17 TUCHTFELDT E., Wettbewerbspolitik, in: Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Band 2, 3. Auflage, Göttingen 1972, 178; vergl. im Zusammenhang auch HOPPMANN, Norm, 230 sowie SCHLUEP, Nachfragemacht, 566.

18 Vergl. zur Zweiteilung WILLEMSEN (170), der freilich nicht von "Ordnungspolitik" spricht, sondern den (bereits anderweitig besetzten) Begriff der "Prozesspolitik" verwendet. – Zu den Aufgaben der EG-Wettbewerbspolitik HALLSTEIN 113 f., GÜNTHER, Vereinheitlichung, 757 f., VON DER GROEBEN, Wettbewerbs- und Wirtschaftspolitik, 20 f., ders., Wettbewerbspolitik, 377 f., VERLOREN VAN THEMAAT P., Die Grundsätze der europäischen Wettbewerbspolitik, EuroWi 1959, 535 f., GÜNTHER E., Wege zur europäischen Wettbewerbsordnung, Baden-Baden 1968, VON DER GROEBEN H., Die Wettbewerbspolitik als Teil der Wirtschaftspolitik im Gemeinsamen Markt, WuW 1965, 691 f., MARKERT K., Wettbewerb und Wirtschaftspolitik in der EWG, EuR 1970, 349 f.; aus marxistisch orientierter Sicht LAU 322 f.

19 Vergl. die Übersicht bei VON DER GROEBEN, Wettbewerbspolitik, 381, ders., Aufgaben, 1005 f., ders., Wettbewerbs- und Wirtschaftspolitik, 21 f.

durch Massnahme oder solcher durch Zustand.[20] Es ist darum Sorge zu tragen, dass der vergemeinschaftete Markt nicht durch unternehmerische Vorkehren abermals aufgezont wird. Was an einzelstaatlichen Barrieren gefallen, soll nicht von privater Hand wieder aufgerichtet werden. Die Kartell- und Monopolregeln von Artikel 85 f. sind damit betraut, die Vertragsziele vor derartigen einzelwirtschaftlichen Konkurrenzbeschränkungen abzuschirmen.[21] Die Öffnung der zwischenstaatlichen Grenzen erheischt eben (auch) eine Kontrolle des kompetitiven Verhaltens der Wettbewerber.

20 Zur Unterscheidung BORCHARDT/FIKENTSCHER 30.

21 Zu dieser Kardinalfunktion gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts z.B. RUNGE 87, BLECKMANN 289, SCHERER 194 f., HAYMANN 28, WILLEMSEN 74, SCHLUEP, Vergleich, 8, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 70 f., NIEDERHAUSER 112, VON DER GROEBEN, Wettbewerbspolitik, 378 und MAILÄNDER, Kommentar, 146 (der im einzelnen Abwehr-, Durchsetzungs-, Überleitungs- und Erziehungszweck der Wettbewerbsregeln auseinanderhält).

## § 2 Grundsatzfragen für die Normierung vertikaler Intervention durch das EWG-Kartellrecht

### I. Wettbewerbspolitische Zielformeln (Institutions-/Freiheitsschutz)

1. Hiermit ist allerdings noch nichts ausgesagt über die Ziele, die einer derartigen Wettbewerbspolitik zu unterlegen sind. Entscheidend ist vorab die Frage, ob Wettbewerbspolitik für wirtschaftliche Individualfreiheit einzustehen oder als Instrument der Wirtschaftspolitik zu dienen habe.[1] Mit ihrer Beantwortung wird inzidenter auch über die systematische Beheimatung des Kartell- und Monopolrechts mitentschieden. Bekanntlich stehen sich eine *wirtschafts-* und eine *persönlichkeitsrechtliche Grundlegung* gegenüber.[2] Jene erstrebt den Schutz des Wettbewerbs als Institution,[3] diese denjenigen des Individuums in seiner wirtschaftlichen Entfaltung.[4]

1 Vergl. zu dieser wettbewerbspolitischen Ausgangsfrage (unter vielen) HOPPMANN, Norm, 231 f., ders., Schutzobjekt, 64 f., ders., Workable competition, 252 f., MERZ, Kartellrecht, 1 f., WILLEMSEN 78 f., SCHMIDT 67 f., KOENIGS, Probleme, 303 f., KOLLER, Konzeption, 151 f., HAYMANN 30, BALDI 91 f., BELKE, Relevanter Markt, 242 f., LE TALLEC 440, SCHMIDT, Wettbewerbstheorie, 725 f.

2 Zum folgenden namentlich SCHLUEP, Fragestellungen, 18 f. und MERZ, Kartellrecht, 1 f.

3 Der *wirtschaftsrechtliche Ansatz* stellt den ordnungspolitischen Grundsatzentscheid zugunsten des Konkurrenzsystems ins Licht: Wettbewerb soll in Obhut genommen sein, weil er den wirtschaftlichen Steuerungsprozess besser und gerechter bewältigt und in willkommener Weise auf ausserwirtschaftliche Bereiche ausstrahlt. Wettbewerbspolitik wird zu Bestandteil und Instrument *allgemeiner Wirtschaftspolitik*. Freier Konkurrenz darf alsdann aber nur solange gehuldigt werden, als sie in praxi die besseren Ergebnisse ausbringt. Erweist sich, dass anderweitig – sei es durch Wettbewerbsbeschränkung, sei es durch Koordinationstypuswechsel – man überlegene Resultate erwarten darf, entfällt die innere Legitimation des Wettbewerbsschutzes.

4 Die *persönlichkeitsrechtliche Philosophie* hält den Wettbewerb aus der wirtschaftlichen Umklammerung heraus und begreift ihn als (private) *Wettbewerbsfreiheit*. Offenkundig wird die Brücke geschlagen zu einem umfassenden individualrechtlichen Persönlichkeitsschutz. Wettbewerbssicherung heisst demnach Einpflanzung der

Die beiden Ansätze sind letztendlich ineinander verschlungen.[5] Einerseits kann Wettbewerb als Institution niemals ohne Freiheit seiner Teilnehmer auskommen.[6] Andererseits schwingt beim praktischen Vollzug des Wirtschaftsfreiheitsideals stets auch eine institutionelle Komponente mit.[7] Fruchtbarer als das Aufzeigen solcher "systemimmanenter" Verschränkungen ist aber die Frage, wie weit die beiden Grundpositionen ineinander aufgehen, ob also mit dem Freiheitsschutz selbsttätig die erwünschten Ergebnisse sich einstellen.

Der klassische Liberalismus noch hatte eine derartige Harmonie anstandslos vorausgesetzt. Dem gleichen Glauben war auch die wettbewerbstheoretische Konzeption der *"vollkommenen Konkurrenz"* (perfect competition) verfangen. Erst die gegen dieses (wirk-

Freiheitsidee in den Bereich des Wirtschaftens. "Kartell- und Monopolrecht wäre dann nichts anderes als die durch den Gesetzgeber konkretisierte Anerkennung und Begrenzung des Rechts auf freie wirtschaftliche Betätigung. Es würde zur reinen 'Rule of Law', zur Anerkennung der nach Vernunftrecht geforderten Menschenwürde." (SCHLUEP, Fragestellungen, 20).

5 Anschaulich SCHLUEP, Fragestellungen, 20 f.

6 Die Einzelpläne der Wirtschaftssubjekte bilden den Antrieb des Wettbewerbs. Sonach muss Kartell- und Monopolrecht darüber wachen, dass die Planfreiheit nicht funktionshemmend gestört wird, gleichviel, wie deren Schutz im einzelnen rechtstechnisch verwirklicht ist. – Vergl. im Zusammenhang BELKE (Relevanter Markt, 247), der in der Freiheitseinbusse ein (grobes) Indiz für Marktbeeinträchtigungen erblickt. – Solche Interdependenzen erkennen beispielsweise auch WÄLTERMANN 100, MERZ, Kartellrecht, 31 f., KOLLER, Rechtsprechung, 98, ders., Konzeption, 155, HAYMANN 30 f. (mit weiteren Hinweisen).

7 Man sieht sich der Frage gegenüber, welcher Eingriff in fremde Wirtschaftsfreiheit unrechtmässig sei. "Darüber aber lässt sich gewiss nicht rechten, ohne dass die Erfordernisse des menschlichen Zusammenlebens, die 'Sozialadaequanz' und das 'Entgegenkommen, welches das Zusammenleben mit andern Personen dem Einzelnen auferlegt', mitberücksichtigt (werden). Das wiederum nötigt ganz zweifelsfrei zur Frage, was denn der Einzelne in einem Wettbewerbssystem an natürlichen Behinderungen hinzunehmen habe. Also liesse sich die Persönlichkeitsverletzung ohne Rekurs auf den wirtschaftlichen Zusammenhang überhaupt nicht diagnostizieren." (SCHLUEP, Fragestellungen, 21).

lichkeitsfremde) Modell[8] anbrandende Kritik[9] und die Schöpfung der *"workable competition"*[10] als wegleitendes wettbewerbspolitisches Leitbild haben die fehlende Kongruenz zwischen den beiden Zielformeln aufgedeckt. Seitdem steht man ernstlich vor dem Dilemma: *"Freiheitssicherung oder Ergebnisgarantie"*.[11] Zwar ist in einer neoklassischen Lehre – zumal von HOPPMANN – versucht worden, zum liberalen Wertungseinklang zurückzufinden.[12]

8 Zu seinen Prämissen gehören eine grosse Anzahl von Anbietern und Nachfragern, ein unbegrenzter Marktzutritt, die Homogenität des Guts, die Unabhängigkeit jeder individuellen Entscheidung sowie ungetrübte Markttransparenz. (Vergl. WOLL 162; dazu auch JÖHR W.A., Das Modell der vollkommenen Konkurrenz, in: Konkurrenz und Planwirtschaft, Bern 1946, 119 f. und STIGLER G.I., Die vollständige Konkurrenz im historischen Rückblick, in: Wettbewerbstheorie, Köln 1975, 30 f.).

9 Tenor: Das Modell der vollkommenen Konkurrenz sei statisch und verkenne, dass Wettbewerb (als dynamischer Prozess) in Vorstoss und Verfolgung ablaufe. (Vergl. den Überblick bei SCHLUEP, Wettbewerbspolitik, 101 f., mit Verweis auf SCHUMPETER und HEUSS).

10 Vergl. hiezu etwa CLARK J.M., Zum Begriff eines funktionsfähigen Wettbewerbs, in: Wettbewerbstheorie, Köln 1975, 173 f.; grundlegend ders., Competition as a Dynamic Process, Washington 1961. – Weitere Hinweise bei NEALE 487 f., SCHMIDT 8 f., ders., Wettbewerbstheorie, 711 f.

11 SCHLUEP, Wettbewerbspolitik, 102.

12 HOPPMANN tritt mit Vehemenz einer *Funktionalisierung des Wettbewerbs* und seiner Einschaltung in das wirtschaftspolitische Instrumentarium entgegen. Denn damit werde er einer politischen Rechtfertigung zugänglich und liesse sich hernach beliebigen politischen Zielen vorspannen. "Wettbewerb ist jedoch kein selbständiger Gegenstand, weder als politische Institution noch als politisches Instrument. Er steht nicht ganz oder teilweise ausserhalb der konkreten menschlichen Beziehungen der Wettbewerber zueinander oder über ihnen. Er kann von diesen begrifflich nicht abgetrennt werden. Gibt man dem Wettbewerb einen derartigen Inhalt, so konstruiert man ein ideales Scheingebilde: Die Wettbewerber werden dann als Funktionsträger gedeutet, indem sie Wettbewerb treiben, erfüllen sie einen überpersönlichen Zweck ... Da der in einer solchen Weise teleologisch interpretierte und institutionell objektivierte Wettbewerb irreal und leer ist, können die daran geknüpften Zwecke, Inhalte und normativen Folgerungen mehr oder weniger willkürlich abgeändert oder ausgetauscht werden." (HOPPMANN, Norm, 233). Zum gleichen Ergebnis führt ihn auch die Einsicht, dass nach der traditionellen Marktformenlehre als Monopole angeprangerte Marktsituationen Marktmachtgepräge verlören, sobald man sie nur im Flusse der Zeit betrachte und solange Marktzugang und Wettbewerbsfreiheit gesichert seien. "So kommt es zur Auflösung des scheinbaren Widerspruchs. Wird der Wettbewerb in seiner ganzen Totalität als zeitlicher Prozess gesehen, dann gibt es prinzipiell zwischen freiem Wettbewerb und wirtschaftlichem

Trotz der Beachtlichkeit ihrer Argumentation vermochte sie die grundsätzliche Kluft im wettbewerbspolitischen Schutzanliegen aber nicht zu überdachen.[13] Denn "Zielkonflikte auf normativer Ebene können nicht ausgeschlossen werden, weil in der Realität verschiedene Freiheitsgrade und Wettbewerbsintensitäten bestehen, die nicht gleichmässig mit guten ökonomischen Ergebnissen korreliert sein müssen."[14] Vor allem aber führt die (in Ausschöpfung der Wirtschaftsfreiheit vollzogene) Akkumulation einzelwirtschaftlicher Vorzüge nicht unfehlbar in das gesamtwirtschaftliche Optimum.[15]

2. Diesem Erkenntnisstand der Ökonomie hat sich auch der Kartelljurist zu beugen. Wohl mag ihn die Versuchung locken, sich allein an die Freiheitseinbusse zu halten, weil er damit auf dem

Fortschritt kein Dilemma. Der Wettbewerb ist im Gegenteil dynamisch und vorwärtsstürmend, er ist ein Motor, der den wirtschaftlichen Fortschritt treibt." (HOPPMANN, Workable Competition, 262 f., insb. 264) – Vergl. auch ders., Schutzobjekt, 75 f. sowie das gesamte Schrifttum HOPPMANNS, vor allem aber: Probleme einer praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Berlin 1968, 9 f.

13 SCHLUEP etwa hält HOPPMANN – nach eindrücklicher Auseinandersetzung – entgegen: Die von ihm gerügte "Verpolitisierung" des Wettbewerbs sei schlechterdings nicht zu umgehen. Denn gerade seiner umgreifenden gesamtgesellschaftlichen Auswirkungen wegen bestehe Zwang, ihn *politischer Kontrolle* – mit Gemeinwohltest – zuzuführen. Weil er im Ansatz eine "Gesellschaft freier Menschen" unterstelle, sei für ihn "Wettbewerb das der Gesellschaft überhaupt zugrunde liegende Selbstverwirklichungsprinzip, das die Ziele (im Sinne des 'guten Endes' und der Entelechie) zu finden erst ermöglicht und insoweit nie Mittel in teleologischem Sinn sein kann." (SCHLUEP, Wettbewerbspolitik, 105) Zudem schweige sich HOPPMANN ganz und gar über die *ethisch* gegründeten Anwürfe gegen das Konkurrenzsystem aus, die "für sich allein eine kritische Distanzierung vom Prinzip umfassender Wettbewerbsgestaltung" rechtfertigten. (A.a.O. 106; vergl. auch ders., Allgemeines Wirtschaftsrecht, 588 f.).

14 SÄCKER 19. Solche (unausweichlichen) Zielkonflikte diagnostizieren z.B. auch WILLEMSEN 87 und SCHMIDT 67 f.

15 Für eine derartige zwingende Gemeinwohlrealisierung im Soge der Verfolgung von Einzelinteressen aber HOPPMANN: "Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik ist jener Marktprozess, in dem sich Wettbewerbsfreiheit, die ihrerseits wieder individuelle ökonomische Vorteile und insofern auch gesamtwirtschaftliche ökonomische Vorteilhaftigkeit zur Folge hat, manifestiert." (Norm. 234) – Mit dieser "Ode an die Harmonie" umsegelt er die Kernproblematik bereits in der Wahl der Prämissen.

Boden der dogmatisch geläuterten (und justiziablen) Formel des Persönlichkeitsrechts verbleibt.[16] Davon muss ihn aber die Einsicht abbringen, dass – aus seiner normativ-wertenden Sicht[17] – beide Schutzobjekte Beachtung verdienen. Auch rechtspolitisch ist sonach ein *dualistischer Zielformelentwurf* mit Einschluss des Individual- und des Institutionsschutzes im gleichen Range zu bevorzugen.[18] [19] Denn: Die Planfreiheit des einzelnen ist Bestandteil jeder freiheitlich konzipierten Wirtschaftsverfassung[20] und gesamtgesell-

16 Vergl. SCHLUEP, Wettbewerbspolitik, 104 ; eingehend ders., Fragestellungen, 28 f. – Schwierigkeiten bei der Anknüpfung an den Institutionsschutz erkennt auch MERZ, der "im Zweifel" für ein "Übergewicht des Freiheitsschutzes" plädiert. (MERZ, Kartellrecht, 33).

17 Der wettbewerbsrechtliche Zielformelentscheid ist politischer Natur. Soweit ist er in der Tat "der wirtschaftswissenschaftlichen Zensur entzogen." (WILLEMSEN 78) Erkenntnisse der Volkswirtschaftslehre mögen dem Gesetzgeber aushelfen, entbinden ihn aber nicht von politischer Bewertung und normativer Umsetzung. (Vergl. zur Frage auch HOPPMANN, Schutzobjekt, 66 f.).

18 Für Doppelschutz votieren (aus rechtspolitischen Erwägungen) auch MERZ, Kartellrecht, 8 f. und WILLEMSEN 88; vergl. (über das schweizerische KG) auch KUMMER, Erheblichkeit, 560, KOLLER, Konzeption, 151 f., insb. 155, ders., Rechtsprechung, 97 f., SATTLER 19, SYZ 4 f., WÄLTERMANN 100, BÄR, Kartellrecht, 278 und SCHLUEP, Markenschutzgesetz, 394 f. – In der Schutzobjektdiskussion um das deutsche GWB stehen sich drei Auffassungen gegenüber (vergl. die Übersicht bei SCHMIDT 67 f.): Die eine hält für eine ausschliesslich institutionelle Betrachtung (exemplarisch etwa WÜRDINGER, Freiheit, 725 f., ders., Exportkartell, 313 und MÜLLER-HENNEBERG H., Zur Auslegung des § 6 GWB, WuW 1961, 313 f.), eine andere stützt sich vorrangig auf den Individualschutz ab. Die h.M. betont indessen Doppelspurigkeit und Gleichrangigkeit. (Statt vieler HOPPMANN, Schutzobjekt, 103, TETZNER 1 f., GÜNTHER E., Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmen, WuW 1957, 678 f., sowie – mit zahlreichen Fundstellen – HAYMANN 31).

19 Ein solches dualistisches Zielformelkonzept prägt auch den koordinationspolitischen Spielraum des institutionellen Ansatzes. Nun darf Wettbewerb nicht mehr einem andern Steuerungsmechanismus weichen, (nur) weil dieser günstigere wirtschaftliche Ergebnisse liefert. Denn Wettbewerb ist jetzt auch seiner selbst Willen geschützt. Ordnungspolitisch besteht "Zwang, den Wettbewerb zu benützen". (WILLEMSEN 81) Ausserhalb des eigentlichen Systemwechsels schlägt sich die dualistische Zielkonzeption in der Bewertung der Wettbewerbsbeschränkung nieder. Allemal muss auch der Schwund wirtschaftsfreiheitlicher Substanz mitveranschlagt werden.

20 Es ist rechtspolitisch durchaus angängig, auch am (richtig begriffenen) Persönlichkeitsrecht anzuknüpfen. Seit jeher stehen Individual- und Freiheitsschutz im

schaftlicher Nutzen selbstverständliche Zielgrösse sowohl des grundlegenden Koordinationsentscheides wie auch der ihn ausführenden wirtschaftspolitischen Vollzugsentscheide.[21] Der Institutionsschutz in Sonderheit darf nicht etwa deshalb verdrängt werden, weil seine Kodifizierung (als "interventionistisches Kartell- und Monopolrecht")[22] und seine Rechtsanwendung unbestrittenermassen Schwierigkeiten bergen.[23] Nichts kann auch davon

Zentrum rechtsstaatlich-demokratischer Verfassungen. Nur folgerichtig ist es, ihn auch auf den wirtschaftlichen Bereich übergreifen zu lassen und den "homo oeconomicus" mit dem Persönlichkeitsgut einer *privaten Wirtschaftsfreiheit* auszurüsten. (Vergl. ebenfalls MERZ, Kartellrecht, 5 f.; die Eigenständigkeit dieses freiheitsgerichteten Ansatzes betont auch KOLLER, Konzeption, 154; a.M., SCHÜRMANN, Durchführung, 70 f.). Alles kommt indessen auf ein richtiges Verständnis dieser Wirtschaftsfreiheit an. Sie muss nach der hier vertretenen Auffassung *funktional* interpretiert werden. Ihre Ausschöpfung stösst an Grenzen, sobald sie im Widerspruch zu der im Gemeinwohl liegenden Konkurrenzordnung eingesetzt wird. (Vergl. darüber ebenfalls vorn Bd 1, 302 f.). Mit einer solchen Einfassung der Wirtschaftsfreiheit sind auch dogmatische Konflikte zwischen den beiden grundlegenden wettbewerbspolitischen Zielformeln ausgeräumt.

21 Der *wirtschaftsrechtliche Ansatz* trägt seine rechtspolitische Legitimation ureigenst in sich. Die ihm zugrunde gelegte Koordinationstypenauslese erfragt sich ja gerade, welches Organisations- und Verteilungsprinzip das (wirtschaftlich und gesellschaftspolitisch) lohnendste sei, durchgehend im Lichte eines wohlverstandenen *"bonum commune"*. "Da die Setzung gemeinwohlverwirklichender Verhaltensmuster genuine Aufgabe des Rechts ist, erkennt man unschwer, was die Sprache schon andeutet: Dass das 'Richtige' immer das unter Kriterien der Wirtschaftsrechtspolitik Geforderte ist." (SCHLUEP, Fragestellungen, 19; in ähnlichem Sinne auch KOLLER, Konzeption, 152 und MERZ, Kartellrecht, 27 f.) Im besondern ist zu beachten, dass allein die institutionelle Betrachtungsweise einen Einbezug von Interessenlagen ausserhalb des eigentlichen Konkurrenzverhältnisses – zumal die des Verbrauchers – erlaubt. (Vergl. BELKE, Relevanter Markt, 242 f., MERZ, Kartellrecht, 22 f. sowie SCHRICKER 533 f.).

22 Zum Begriff HOPPMANN, Bedeutung, 12.

23 So steht man vor dem Problem, den zu normierenden Wettbewerb überhaupt modellmässig zu erfassen und Abweichungen systemgerecht zu erkennen. (Näheres bei SCHLUEP, Fragestellungen, 26 f.) Dazu sind aller Regel nach umfassende Marktrecherchen erforderlich, wobei die Diagnose und Würdigung von Marktergebnissen ("performance test") verwickelte Hypothesenprüfungen verlangen. Noch weiter wird die Aufgabe des Rechtsanwenders erschwert, wenn er in seinem Befund auch ausserwirtschaftliche Gesichtspunkte (Beispiele: Landesversorgung, Gesundheitsfürsorge usw.) einfliessen lassen muss. (Vergl. aus der Schweizer Praxis VSKk 1966, 291, VSKk 1968, 227 und VSKk 1971, 45) Dann droht "in der Tat die Gefahr der Ersetzung des freien Wettbewerbs durch einen von Fall zu Fall-Inter-

abhängen, wie die Wettbewerbssicherungsaufgabe rechtstechnisch bewältigt wird (Verbots-/Missbrauchsgesetz).[24] Eine Gewichtung der einzelnen Rechtsschutzaufträge hat indessen jeder Kartellgesetzgeber selber vorzunehmen.

3. Auf dieser Grundlage bleibt nunmehr das Rechtsschutzobjekt im *europäischen Kartell- und Monopolrecht* zu erörtern. Der Legaltext des EWGV schweigt sich offenkundig aus.[25] In der Folge sind die Aufgaben des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt zu erfragen. Wie vorstehend abgehandelt,[26] wurde die Koordination mittels Konkurrenz ihrer ökonomischen Ergiebigkeit, aber gleichfalls ihrer ausserwirtschaftlichen Ausstrahlung (insb. Freiheitsaspekt) wegen bevorzugt. Man darf deshalb auch dem Wettbewerbsrecht der EG eine dualistische Zielformel unterlegen:[27] Es

ventionismus mit überforderten Richtern als Träger der Wirtschaftspolitik." (SCHLUEP, Fragestellungen, 27 f.; vergl. überdies HOPPMANN, Bedeutung, 12 f. sowie BALDI 126 f.).

24 Gl.M. wohl MERZ, Kartellrecht, 20, 31 – Dass auch Missbrauchserlasse beide Zielformeln einzuschliessen vermögen, erweist die *schweizerische* Wettbewerbsordnung. Selbst das über alle Masse zurückhaltende Kartellgesetz hat sich (nach fast unbestrittener Meinung) dem Freiheits- wie dem Institutionsschutz verschrieben. (Vergl. SATTLER 19, SYZ 4 f., KOLLER, Konzeption, 4 f., ders., Rechtsprechung, 97 f., BÄR, Kartellrecht, 278 f., SCHMIEDHAUSER 36, KUMMER, Erheblichkeit, 560, SPOENDLIN 17; anders SCHÜRMANN, Fragen, 3 f. und ders., Durchführung, 70 f.) Ein Vorbehalt wäre freilich für ein ausschliesslich privatrechtlich konzipiertes Missbrauchsgesetz anzubringen: Seine Aufsicht spränge erst ein, wenn ein Getroffener seine Freiheitsverletzung vor den Zivilrichter trägt. Die Schutzverwirklichung läge mithin in alleiniger Verantwortung der Geschützten. Sie muss versagen, sobald alle Wettbewerber sich willfährig einem Kartell unterstellen (Parömie des "volenti non fit iniuria") oder verletzte Aussenseiter (zum Beispiel aus Prozesskostenangst) den Gang vor den Richter scheuen. Wer also Konkurrenz nur vermittels Privatrecht schützen will, riskiert, dass sie des fehlenden Wehrwillens ihrer Teilnehmer wegen nicht stattfindet.

25 Ebenso WILLEMSEN 164.

26 Vorn 19 f.

27 Für ausschliesslichen Freiheitsschutz RUHWINKEL 52 f.; gegen Freiheitsschutz HAGENAUER 147 und PRÖBSTING 165. – Einer bloss reflexweisen Freiheitssicherung in Ausrichtung auf das Schutzobjekt des funktionsfähigen Wettbewerbs redet vor allem WILLEMSEN (165 f.) das Wort. Seine Begründung vermag indessen nicht durchzuschlagen. Zunächst befremdet, den Zielformeldualismus zu negieren, nur weil er der Möglichkeit nach in Zielkonflikte ausmündet. (A.a. O. 167) Vor

hat nach seiner ideellen Grundlegung sowohl über den Wettbewerb im vergemeinschafteten Grossmarkt wie auch über die (richtig verstandene) Wettbewerbsfreiheit der einzelnen Marktbürger zu wachen.[28] [29]

Die Wünschbarkeit eines umfassenden Zielkatalogs erweist sich gerade im Recht der *Vertikalbeschränkungen.* Selektiver Vertrieb etwa kann Instrument der Ausbeutung wirtschaftlich schwächerer Kontrahenten sein, unannehmbare Marktzutrittsschranken für Dritte aufbauen oder den Wettbewerb (auf verschiedenen Wirtschaftsstufen) als Institution beeinträchtigen.[30] Dieser Vielgestaltigkeit in den Störwirkungen wird nur gerecht, wer das Schutzobjekt des Kartell- und Monopolrechts aufsplittert.[31] Weil sich die

allem aber überzeugt das Argument nicht, dass mit "der Bestimmung des Wettbewerbs als Koordinator des Wirtschaftsablaufs im Gemeinsamen Markt ... die Anforderungen einer freiheitlichen Ordnung Genüge getan" sei. (A.a. O. 168) Damit wird stillschweigend unterstellt, dass wettbewerbs- und gesellschaftspolitisch missliebige Freiheitsverluste in Marktwirtschaften gar nicht sich einstellen können. Mithin liegt nichts anderes vor als eine Harmonie-These à la HOPPMANN (vergl. vorn Fn 12): Jeder Institutionsschutz führt notwendigerweise zu (ausreichendem) Freiheitsschutz. – Im übrigen ist der Versuch, den funktionsfähigen Wettbewerb als Schiedsrichter zwischen sich widerstreitenden Freiheiten einzusetzen (a.a. O. 165), eine Leerformel. Mit Recht ist bemerkt worden, dass die Frage offen bleibt, "wann nach rechtlich fassbaren Kriterien die Wettbewerbs- und Auswahlfreiheit der Marktteilnehmer im Interesse eines zwar eingeschränkten, aber in seiner Gestaltungsfunktion im Hinblick auf die Erreichung der Vertragsziele, d.h. wegen seines wirtschaftspolitisch erwünschten Nutzeffekts als funktionsfähig qualifizierten Wettbewerbs, zurückzutreten hat." (HAYMANN 31 f.).

28 Vergl. auch JOHANNES, Begriff, 412 und VON STOEPHASIUS 13 f.; auf ein selbständiges freiheitsrechtliches Schutzgut verweist auch FORRESTER 7.

29 Man hätte auch nach den Lehren der Wettbewerbstheorie schwer einzusehen, wieso für das europäische Wettbewerbsrecht andere Zielformeln gelten sollten. Auch der EG-Kartellgesetzgeber steht vor dem wettbewerbspolitischen Dilemma einer fehlenden Konvergenz zwischen Freiheitsschutz und Ergebniskontrolle. (Man vermerke freilich bereits an dieser Stelle die Aushöhlung des Individualschutzes durch Anwendung von Art. 85 unter einer quantitativen Rule of Reason; vergl. hinten 132 f.).

30 Übersichtlich (für die Diskriminierung) BELKE, Kartellgesetznovelle, 260 f.

31 Eine vorbildliche rechtspositive Auffächerung des Schutzzweckes enthält § 18 GWB. (Ausführlicher dazu SCHMITT 161 f., LEHMPFUHL, Verträge, 626, LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT 360 f., SCHWARTZ, Kommentar, 10 f.; ferner (noch für die alte Fassung) KOENIGS, Probleme, 303 f., SANDROCK, Grundbegriffe, 476 f. und DERINGER/TESSIN, Neufassung, 135 f.) – Dem Legal-

Wettbewerbsbeschränkungseffekte im einzelnen nicht decken, sind die Zielformeln selbständig zu handhaben.[32]

Dies nötigt – hinsichtlich des Freiheitsschutzes – endlich zur Frage: "Ist erforderlich, dass die wettbewerbliche Handlungsfreiheit der *Partner* oder eines von ihnen beeinträchtigt wird, oder reicht es aus, wenn die wettbewerbliche Stellung *Dritter* auf dem Markt berührt wird?"[33] Richtiger Ansicht nach schützt das EG-Wettbewerbsrecht grundsätzlich sowohl die Planfreiheit der an der Vertikalintervention Beteiligten wie auch diejenige der Unbeteiligten.[34] Eine die Partnerbeschränkung zum Tatbestandsmerkmal

text nach ungeregelt bleibt die Zielformel in § 26 Abs. 2. Die h.M. will aber auch hier Individual- wie Institutionsschutz verwirklicht haben. (So etwa ULMER, Diskriminierungsverbot, 668, ders., Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 178 f., SCHMIDT 260 f., LEHMPFUHL, Verträge, 628, BENISCH, Kommentar I, 25, ders., Kommentar II, 41, BELKE, Kartellgesetznovelle, 260 f.; vergl. hier auch ARNOLD 619 f., KOLLER, Diskriminierungsverbot, 79 f. und SCHIEFER 69 f.).

32 Der Stellenwert unterschiedlich geformter Eingriffsvoraussetzungen wird häufig auch im Kontext mit § 18 GWB herausgestellt. Bei individualschützerischer Sicht können marktstörende, bei institutioneller freiheitsgefährdende Auswirkungen entgehen, unbesehen davon, dass im Einfall Überlappungen oder Abgrenzungsprobleme sich ergeben mögen. (Vergl. etwa SCHMITT 161 f. (mit einlässlicher Verhandlung des Schrifttums), KOENIGS, Probleme, 303 f. und SCHWARTZ, Kommentar, 10 f.; ausführlich auch DERINGER/TESSIN, Neufassung, 143 f.; a.M. SANDROCK, Grundbegriffe, 477) – Fragwürdig ist indessen, den Freiheitsschutz allein mit Zweckmässigkeitsüberlegungen (Vermeidung von Marktuntersuchungen) zu bevorzugen. (Vergl. BELKE, Relevanter Markt, 247; wie hier wohl SCHWARTZ, Kommentar, 11).

33 BECHTOLD, Vertriebssysteme, 187.

34 Ebenso die Kommission: "Art. 85 Abs. 1 setzt nicht voraus, dass Wettbewerb zwischen den Parteien der Vereinbarung eingeschränkt werde. Es genügt, dass dies zwischen Partnern und Dritten, oder nur zwischen Dritten, der Fall ist." (Grundig/Consten 30 f.; vergl. auch die Ausführungen des EuGH im Urteil Minière/Maschinenbau Ulm, 281 f., 289 sowie die Fundstellenübersicht bei GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 81 f.; dazu auch DERINGER, AVV, 1587 ;gl.M. JOHANNES, Begriff, 413 f., EMMERICH, Auslegung, 317 f., GIDE/LOYRETTE/NOUEL 30 f., MAILÄNDER, Kommentar, 198, LE TALLEC 440 und SCHEUFELE, Vertikale Wettbewerbsbeschränkung, 1637 f.) – Kumulation oder (mindestens) Alternativenverlust einer Partei fordern hingegen GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 95, REINHART, Vertikale Verträge, 189, BECHTOLD, Vertriebssysteme, 187 f. (mit breiter Diskussion der Praxis) und DERINGER, Kommentar, Rn. 26 f. zu Art. 85 Abs. 1; neustens besonders eindringlich GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 82 f.

erhebende Lehre ist abzulehnen.[35] Diesem Bekenntnis zur Alternativität des Freiheitsschutzes ist freilich sofort beizufügen, dass im wettbewerbspolitischen Urteil die Drittwirkungen regelmässig (zu Recht) ungleich stärker gewichtet werden.[36] [37] Mehr noch: Die ausschliesslich quantitative Konzeption der "Spürbarkeit" im Normelement der "Wettbewerbsbeschränkung" hat faktisch zu einer Preisgabe des selbständigen (absoluten) Parteienschutzes geführt.[37a]

## II. Die geschützten Wettbewerbsformen

Da der selektive Vertrieb Wettbewerb in verschiedenartigen Ausprägungen berühren kann,[38] ist auseinanderzusetzen, welche

35 Mit dieser Fragestellung um die Partner- resp. Drittbeschränkung nichts zu tun hat die in Deutschland ausgetragene Kontroverse um die sog. *Gegenstands- und Folgetheorie*. (Zutreffend JOHANNES, Begriff, 413 und EMMERICH, Auslegung 316) – Zur Frage der Rezeption der Gegenstandstheorie in Art. 85 Abs. 1 hinten 127 f.

36 Vergl. STÖVER 99, BELLAMY/CHILD 173 f., SCHWARTZ, Ausschliesslichkeitsverträge, 205 f., BECHTOLD, Vertriebssysteme, 186 f., JOHANNES, Begriff, 415, GÜNTHER, Begriff, 125 f. und MAILÄNDER, Kommentar, 189 (nach Konsultation der Praxis); anders offenbar VON GAMM 44. – Signifikant ist rechtsvergleichend § 18 GWB, der Kontrahentenschutz nicht generell, sondern nur unter der Voraussetzung spielen lässt, dass "eine für den Wettbewerb auf dem Markt erhebliche Zahl von Unternehmen gleichartig gebunden" ist. (Vergl. zu dieser kollektiv ausgerichteten Parteiensicherung SCHWARTZ, Problematik, 389 f., ders., Kommentar, 73 f., LEHMPFUHL, Verträge, 626, LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT 360 f. und BELKE, Kartellgesetznovelle, 249 f.; dagegen etwa BENISCH, Fehlwirkungen, 369 f., SONTAG 229 f. und SCHWARTZ, Problematik, 397 f., insb. 399).

37 Schwerer als die eher in der klassischen Zivilrechtsdogmatik beheimateten Argumente der Parteizustimmung und der Parteivorteile (vergl. MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 244 f.) wiegen die *wirtschaftsrechtlichen Gründe:* Die wettbewerbspolitische Bedenklichkeit der vertikalen Beschränkungen liegt in deren (systemweiten) normativen Drittwirkungen. (Vergl. vorn Bd. 1, 263 f.) Sie regulieren ganze Vertragswarenmärkte, einem gebundenen Partner steht eine Heerschar vom Bezug oder Absatz verdrängter Unternehmer gegenüber.

37a Vergl. etwa BALDI 200 f.; ausführlicher zur Spürbarkeit hinten 132 f.

38 Wie vorn (Bd. 1, 257 f.) erörtert, sind vor allem (aus marktstufengerichteter Sicht) Hersteller- und Händlerwettbewerb und (aus produktgerichteter Sicht) Inter- und Intra-brand-Wettbewerb zu unterscheiden.

dieser Spielarten vom europäischen Kartellrecht in Obhut genommen sind. Seit Grundig/Consten[39] weiss man, dass Art. 85 im Grundsatz jede Form der Konkurrenz schützt.[40] Dem Vertragstext lässt sich in der Tat keine Ausklammerung bestimmter Wettbewerbsformen entnehmen.[41]

Zunächst ist unbeachtlich, auf welcher Marktstufe die Wettbewerbsbeschränkung einsetzt. Mithin gilt das Theorem des *Allstufenwettbewerbs.* Hersteller- und Händlerkonkurrenz werden gleicherweise behütet.[42] Gerade für den Bereich der vertikalen Intervention ist die Sicherung des Wettbewerbs unter Absatzmittlern vordringlichstes Anliegen.[43] Der wettbewerbspolitische Stellenwert rechtfertigt seine Erhebung zum (selbständigen) kartellrechtlichen Schutzgut. Ein gestörter Stufenwettbewerb beeinträchtigt den Händler in seiner Umschlagsfunktion als (möglichst preisgünstiger) Verteiler[44] und in seiner Anpassungsfunktion als "Treuhänder" der Nachfrage.[45] Dazu tritt die zwischenstufliche Verwe-

39 Grundig/Consten 390.

40 So ausdrücklich auch SCHULTE-MÄTER 11, SCHRÖTER 115, MÜLLER-FEMBECK 106 f., MAILÄNDER, Kommentar, 189, KOENIGS, Italienische Republik, 346 f., JOHANNES, Begriff, 411, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 240, LE TALLEC 440, SCHEUFELE, Relevanter Markt, 175 f.

41 Gl.M. MAILÄNDER, Kommentar, 198.

42 Vergl. auch WINKEL 57 f., SPORMANN, Konturen, 134, ULMER, Preis- und Vertriebsbindungen, 17, SCHULTE-MÄTER 11 f., KOENIGS, Italienische Republik, 346 f., EWALD, AVV, 114, MAILÄNDER, AVV, 839, SCHRÖTER 115, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 176.

43 Dem ordnungspolitischen Ideal solcher Allstufenkonkurrenz kann nur nachleben, wer zu einem zielstrebigen Griff auf Vertikalbeschränkungen gewillt ist. (Über den Zusammenhang zwischen Stufenkonkurrenzsicherung und vertikalem Wettbewerbsbeschränkungsrecht BELKE, Geschäftsverweigerung, 296; vergl. auch ders., Kundenbeschränkung, 8 f.).

44 Dieser Spannenwettbewerb unter Händlern ist umso belangvoller, "als die Verteilungskosten einen beachtlichen Teil der Gesamtkosten darstellen und der Kostenfaktor für Dienstleistungen im Verhältnis zur Produktion im Steigen begriffen ist." (BELKE, Geschäftsverweigerung, 223).

45 Anschaulich PRÖBSTING 143 f.

bung von Konkurrenzbeschränkungen. Oftmals lässt sich nämlich ein friedfertiger Wettbewerb unter Produzenten durch geharnischten Händlerkampf ausgleichen. Wenn aber einem gedrosselten Hersteller- ein gedrosselter Händlerwettbewerb nachgeht, pflanzt sich die Behinderung über das Marktstufengefüge fort. Die Verkrustung des Absatzsystems wird total und endigt in vertikaler Vermachtung des Marktes.[46] Eine zusätzliche Bedeutung gewinnt der Stufenwettbewerb im EG-Raum als Integrationsförderer.[47]

Gleichfalls vollzieht Art. 85 keine (erzeugnisorientierte) Sonderung zwischen *interbrand und intrabrand competition.* Er sorgt sich demgemäss auch um den produktinternen Wettbewerb. Die Gründe sind bekannt: Vorerst haben, – weil er (vor allem) als Händlerkonkurrenz abläuft –, die eben vorgebrachten Erwägungen uneingeschränkt Gültigkeit. Besonders ist aber die "Machtbalance" des Intra-brand-Wettbewerbs im Markenartikelvertrieb herauszustellen. Der Produzent strebt (mittels Markierung und Werbung) nach direktem Brückenschlag zum Verbraucher.[47a] Hiedurch schafft er sich ausgeprägte Präferenzen und entsprechende Sortimentszwänge beim Handel.[48] Intra-brand-Wettbewerb vermag sol-

46 Vergl. BELKE, Geschäftsverweigerung, 224, PRÖBSTING 146 und (im Zusammenhang mit der Preisbindung) HAX, Vertikale Preisbindung in der Markenartikelindustrie, 93 f.; mit Blick auf den amerikanischen Automobilmarkt BELKE, Kundenbeschränkung, 81.

47 Zur Gleichstellung von Produzenten- und Händlerwettbewerb als Integrations-"Katalysator" MAILÄNDER, Kommentar, 198.

47a Vergl. DICHTL, Markenartikel, 28. Zu der dahinterstehenden Differenzierungsstrategie insb. KARTTE 51 f. (mit wettbewerbspolitischen Folgerungen).

48 Dazu SCHLIEDER (143): "Der Absatz von Waren in Konsumbereichen, in denen die Verbraucher weder sachverständig genug noch willens sind, den Kaufentschluss ausschliesslich an objektiven Massstäben auszurichten, hängt stark von Vorurteilen und nicht zuletzt von Erwägungen des homo ludens ab. Deshalb bestehen auf vielen Märkten ausgeprägte Verbraucherpräferenzen für die Erzeugnisse bestimmter Hersteller, deren Zustandekommen und Pflege die Hersteller übrigens nach Kräften selbst fördern." Ähnlich (unter den Blickwinkel des Markenartikels) DICHTL, Markenartikel, 22. – Vergl. zur ordnungspolitischen Bedeutung einer Kontrolle des Markenartikelvertriebs auch ULMER, Diskriminierungsverbot, 662 und ders., Wettbewerbsbeschränkungen, 184.

che herstellerischen Machtdomänen kraft *"Meinungsmonopolen"* aufzuweichen. Die damit verknüpfte Marktausmarchung ist zu Recht eine enge, denn nur bei gänzlicher Markttransparenz reichte der Herstellerwettbewerb unfehlbar hin. Damit aber würde eine in Tat und Wahrheit nicht existente unendliche Substitutionselastizität in der Nachfrage unterstellt.[48a] Zufolge der Produktdifferenzierung verbreitet und vertieft sich die Angebotspalette in einer Weise, die dem Verbraucher den Inter-brand-Vergleich erschwert. Alsdann wird belangvoll, dass wenigstens auf dem (für ihn überblick- und kontrollierbaren) Intra-brand-Markt Wettbewerb herrscht.[49] Dies gilt zumal für die produktinterne Preiskonkurrenz.[50] [51] Spielt der Wettbewerb im Netzinnern nicht, drohen Preise auf überhöhtem Niveau einzufrieren.

Noch vermehrte Beachtung verdient die Intra-brand-Konkurrenz auf dem europäischen Grossmarkt. Hier wird der Preiskampf verschärft durch den um ausländische Händler geweiteten Anbieterkreis. Netzinterner Warenverkehr über die Grenze vereitelt eine künstliche zwischenstaatliche Preisdifferenzierung.

48a Zu den einzelnen Formen der Elastizitäten (statt vieler) WOLL 82 f.

49 Vergl. LE TALLEC 440, BELKE, Geschäftsverweigerung, 223, KOENIGS, Italienische Republik, 347, SCHLIEDER 143 f., DERINGER, AVV, 1586, ULMER, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 184; aus der Praxis die Kommissionsentscheide Jallatte/Voss/Vandeputte 153 und D.R.U./Blondel 256 sowie den "leading case" Grundig/Consten 391 f.

50 "A holding that absence of competition in the distribution of the same product does not violate Article 85, paragraph 1, would make it unnecessary for distributors to pass on to customers the benefits of lower operating costs such as result from cash-and-carry operations by contrast with deliveries on credit". (FULDA 312) – Auf die preispolitischen Gefahren verweisen auch SCHULTE-MÄTER 31, SCHLIEDER 143 f. und BELKE, Kundenbeschränkung, 81 f. – A.M. etwa WÜRDINGER, Grundig/Consten, 284 f., GLEISS, Urteile, 173 und PFEIFER 679.

51 Man beachte hier, dass auch Intra-brand-Wettbewerb zwischen Produzent und Händler bedeutsam sein kann, weil er allein verbürgt, dass ersterer nicht auf den nachfolgenden Stufen über ein netzinternes Verkaufsmonopol verfügt und damit zur beliebigen Preisstellung in der Lage ist. Dies gilt umso mehr, als der Hersteller bei sachgerechter Kalkulation seinen Händlerkonkurrenten gegenüber wenigstens um eine Handelsspanne im Vorsprung ist. (Zutreffend Justice BRENNAN im White Motor-Fall; vergl. SCHULTE-MÄTER 89).

Dass *intrabrand competition* von Art. 85 behüteter Wettbewerb darstellt, ist damit unbestreitbar. Fraglich wird allenfalls, wieweit er ein *selbständiges Schutzgut* abgibt; ob also seine Drosselung bereits das Tatbestandsmerkmal der "Wettbewerbsbeschränkung" ausfülle oder ob hier auch produktexterne Konkurrenz beachtet werden müsse. Die europäischen Wettbewerbsbehörden haben zum Problem – trotz verbreiteter Gegenwehr des Schrifttums[52] – klar judiziert und der produktinternen Konkurrenz wettbewerbsrechtlichen Eigenwert zuerkannt.[53]

Mit Fug! Denn Art. 85 Abs. 1 hält mit keinem Buchstaben den produktexternen Wettbewerb mitzuberücksichtigen an.[54] Vor allem aber zählt der verhandelte gesamtwirtschaftliche und integrationspolitische Rang der Intra-brand-Konkurrenz. Da hochgradig aufgefächerte Konsumgütermärkte alltäglich sind und innerhalb dieser engen Segmente durchaus Eigenleben vorzufinden ist,[54a] muss auch dort ungehemmter Wettbewerb stattfinden. Gerade die europäische Marktverschmelzung hebt die Zahl potentieller Offerenten um ein Vielfaches an und erzwingt, auch für die netzinterne Auseinandersetzung mit dem vorteilhaftesten Angebot aufzuwar-

52 Vergl. etwa GLEISS, Urteile, 170 f., DERINGER, AVV, 1586, EWALD, AVV, 114, SCHULTE-MÄTER 31 f., HOOTZ, AVV, 2250, VON GAMM 55, KIRSCHSTEIN, AVV, 784, SCHWARTZ, Ausschliesslichkeitsverträge, 206, MARTINO, AVV in der EWG, 936, PFEIFER 678 f., GLEISS/HOOTZ 311, TESSIN, AVV im EWG-Kartellrecht, 1261 f.

53 "Der Wettbewerb zwischen Herstellern mag zwar im allgemeinen augenfälliger in Erscheinung treten als der zwischen Verteilern von Erzeugnissen einer und derselben Marke. Dies bedeutet aber nicht, dass eine Vereinbarung, die den Wettbewerb zwischen solchen Verteilern beschränkt, schon deswegen nicht unter das Verbot des Art. 85 Abs. 1 fiele, weil sie den Wettbewerb zwischen Herstellern möglicherweise verstärkt." (Grundig/Consten 390; gl.M. SCHWANKE 159 f., LE TALLEC 440, KOENIGS, Italienische Republik, 347, FULDA 312, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 176, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 318, MAILÄNDER, AVV, 841 f., SPORMANN, Konturen, 134).

54 Zutreffend SCHWANKE 159; so auch GLEISS, Urteile, 171.

54a Noch einmal ist die fehlende unbegrenzte *Nachfrageelastizität* herauszuheben. Zwar engt der Substitutionswettbewerb zwischen Herstellern den Handlungsspielraum ein. Die Verbraucherpräferenzen, die eine beliebige Austauschbarkeit verhindern, schaffen indessen (kleinere oder grössere) Zonen monopolartiger Bewegungsfreiheit.

ten. Die Vertriebspraxis hat unübersehbar aufgezeigt, wie leicht Schranken im Netzinnern nationale Absatzräume verschliessen und damit der Schaffung eines einheitlichen Marktes entgegenwirken können.

Vollends offenkundig wird die Eigenständigkeit des produktinternen Wettbewerbsschutzes im Lichte der individualrechtlichen Zielformel. Wie erinnerlich, beeinträchtigt der selektive Vertrieb nachhaltig die Planfreiheit der Verteiler im Absatz von Vertragswaren. Wer in der Händlerfreiheit ein "vorgeschobenes und verselbständigtes Schutzgut"[55] erblickt, muss folgerichtig auch die wettbewerbspolitische Alleinbetrachtung der intrabrand competition anerkennen.[56] [57]

Damit entfällt die Möglichkeit, innerhalb von *Art. 85 Abs. 1* – im Stile einer *wettbewerbstheoretischen Rule of Reason* – die Auswirkungen der produktexternen und -internen Konkurrenz gegeneinander aufzurechnen.[57a] Dieses aber will nicht heissen, dass der Aspekt der Förderung von Inter-brand-Wettbewerb – beim Europavertrieb namentlich als Markterschliessungsargument ausgespielt – niemals durchzuschlagen vermöge. Soweit Vertikalintervention nachweislich die produktexterne Konkurrenz vorantreibt, wird man dies allenfalls unter dem Titel der Freistellung zu berücksichtigen haben.[58]

55 BELKE, Relevanter Markt, 252.

56 Händlerfreiheit ist ohne Intra-brand-Wettbewerb nicht schützbar. "Denn conditio sine qua non für die Entfaltung eines produktinternen Händlerwettbewerbs ist die Wettbewerbsfreiheit der Händler auf allen Handelsstufen." (BELKE, Relevanter Markt, 249; vergl. auch PFEIFER 678).

57 Wiederum zweifelhaft ist dagegen ein Rekurs auf blosse Zweckmässigkeitserwägungen. (So offensichtlich LE TALLEC 440).

57a Vergl. zur Frage der Einführung einer Rule of Reason in Art. 85 Abs. 1 ausführlich hinten 124 f.

58 Vergl. hinten § 7.

## III. Art. 85 und vertikale Sachverhalte

Über Jahre zerredet, ist heute unstreitig, dass Art. 85 auch vertikale Individualabsprachen[59] unterfallen.[60] [61] Dies verdeutlicht bereits dessen grammatikalische Auslegung: So muss man vermerken, dass ihm das Tatbestandsmerkmal eines "gemeinsamen Zweckes" (als Typenelement von Horizontalvereinbarungen)[62] fehlt,[63] ja dass schlechterdings jede Differenzierung nach der

59 Also Übereinkommen zwischen Einzelunternehmen auf verschiedenen Marktstufen. (Vergl. über den Begriff der vertikalen Wettbewerbsbeschränkung vorn Bd. 1, 249 f.; dazu auch die Umschreibungen der Vertikalverträge bei LANZENBERGER 593 f., SUNDHOFF, Absatzbindungen, 482, SCHWARTZ, Vertikale Bindungen, 317 und (für die amerikanische Praxis) SANGMEISTER 65.

60 So die (fast) unwidersprochene Lehre: VON GAMM 45, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 190 f., STUMPF/LÖSCH 14 f., MÜLLER-FEMBECK 100 f., SCHRÖTER 111 f., CAMPELL, Common Market Law, 163, MAILÄNDER, AVV, 839, WINKEL 192 f., SCHLUEP, AVV I, 139, ders., Vergleich, 11, SCHMITT, Schwerpunkte, 102, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 176, CRAMER 78, BEIER 85, GLEISS/HOOTZ, Grundig/Consten, 311, GRAUPNER, Rules of Competition, 115, SCHULTE-MÄTER 12 f., TESSIN, AVV, 128, KOENIGS, Italienische Republik, 345, WEYER 470, SCHWARTZ, Vertikale Bindungen, 318, ders., Kommentar, 98, REIMER, Preis- und Vertriebsbindungen, 517, CARABIBER/FAURE 220, DROSTE 1938, EHLERS 426, ULMER, Preis- und Vertriebsbindungen, 17, VON DER GROEBEN/BOECK/THIESING, Kommentar, 677 f., RENZ 97 f., DERINGER, AVV, 1585, SCHWANKE 127, SCHUMACHER 171, KNOPP 269 f., , REINHART, Vertikale Verträge, 187 f., SANDROCK, Grundbegriffe, 494 f., STEINDORFF, Preisbindung, 208, KLEEMANN, Wettbewerbsregeln, 30, WÜRDINGER, Exportkartell, 322. – Aus der Entscheidpraxis namentlich die Urteile Grundig/Consten 387, Minière/Maschinenbau Ulm 302 f. und Italienische Republik 485 f.

61 Zu Beginn der europäischen Kartellrechtsprechung wurde freilich auch die gegenteilige Auffassung geäussert. (So etwa VON WERDT 583 f., SÖLTER, Ausnahmevorschrift, 470 f. und ders., Vertriebsbindungen, 63 f.; für die italienische Lehre insb. MORERA, Rivista di diritto industriale 1964, 52 f. resp. 285 f.; vergl. auch die Ausführungen der italienischen Regierung im Entscheid Italienische Republik 478 sowie die Parteivorträge im Grundig/Consten-Urteil 335; zweifelnd endlich KLEEMANN, AVV, 1632).

62 Vergl. etwa § 1 GWB.

63 Für alle DERINGER, Kommentar, Rn. 34 zu Art. 85 Abs. 1 und KNOPP 271. – Unzutreffend SÖLTER (Vertriebsbindungen, 71) und VON WERDT (586 f.), die vom Begriff der "aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen" auf einen mitschwingenden "gemeinsamen Zweck" schliessen wollen. Verhaltensabstimmung lässt sich auch im Vertikalbereich durchspielen.

Stossrichtung der Wettbewerbsbeschränkung ausbleibt.[64] Ebenfalls auf den Vertragstext stützt sich der Hinweis, dass der Beispielkatalog von Abs. 1 ausdrücklich (in lit. e) ein klassisches Beispiel vertikaler Intervention (Kopplungsgeschäft) aufführt.[65]

Massgebend ist freilich die *funktionale Interpretation*[66]: Wer Wettbewerb zu erhalten trachtet, muss auch sämtliche Formen seiner Behinderung erfassen.[67] Nichts kann deswegen für den wettbewerbspolitischen Befund davon abhängen, ob die schädliche Vorkehr horizontal oder vertikal organisiert sei.[68] Gerade ein durchgreifender Schutz der Allstufenkonkurrenz darf keinesfalls auf eine Kontrolle vertikaler Intervention verzichten. Mithin mag man getrost auf die allgemeinen Vertragsziele (insbesondere Art. 3 lit. f)[69] rekurrieren.[70] [71]

64 So die erstaunlich knappe und formale Begründung des EuGH: "Es geht grundsätzlich nicht an, da Unterscheidungen zu treffen, wo der Vertrag es nicht tut." (Grundig/Consten 457) – Vergl. auch SCHLUEP, AVV I, 139 und RENZ 99.

65 Vergl. SANDROCK, Grundbegriffe, 494.

66 Allgemein zur *funktionalen Interpretation* im Kartellrecht SCHLUEP, Allgemeines Wirtschaftsrecht, 580 f. – Die Auslegungsmethode selber wird neuerdings vorbildlich dargestellt von BAUDENBACHER 134 f.

67 Ausführlich vorn 34 f. Falsch in jedem Falle die Diagnose VON WERDT's (591).

68 Ähnlich stellen den Zweck ins Licht: SCHWANKE 126 f., STEINDORFF, Preisbindung, 209, SCHULTE-MÄTER 13, MAILÄNDER, AVV, 839 und SANDROCK, Grundbegriffe, 494; vergl. auch Grundig/Consten 387 f.

69 "Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt."

70 So auch – mit generelleren Erwägungen zur Auslegung der Wettbewerbsregeln nach integrationspolitischen Grundsätzen – MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 34.

71 Die *Einwände* der Opponenten überzeugen nicht. So leuchtet namentlich das Argument nicht ein, das Wissen der Gründer der EG um die Bedeutung der Vertikalbeschränkungen und der Verzicht auf ausdrückliche Unterstellung zeige deren Ausschluss an. (So insb. VON WERDT 586 und SÖLTER, Vertriebsbindungen, 69 f.) Art. 85 ist gewollt im Stile einer Generalklausel gehalten, die – von einer bloss exemplifikatorischen Aufzählung abgesehen – auf eine wettbewerbsbeschränkungstypologische Sonderung verzichtet. Völlig missraten erscheint der Versuch, die Fernhaltung mit vorwiegend einzelwirtschaftlichen Interessen des Produzenten zu rechtfertigen. ("Vertikale Bindung" als Instrument der "rationellen Arbeitsteilung":

## IV. Art. 85 und Systeme von Parallelverträgen

Es gehört zu den Wesenselementen der Vertikalbeschränkungen, dass der Individualvertrag keine normativen Drittwirkungen zu entfachen vermag.[72] Die Hersteller sind deshalb genötigt, ihre Vertriebsabsprachen netzumspannend durchzusetzen. Man begegnet aber einer solchen Aufhäufung gleichzielender vertikaler Übereinkommen nicht bloss innerhalb der Absatzorganisation *eines* Herstellers. Soweit ganze Wirtschaftszweige eine ähnliche Distributionspolitik befolgen, sind bestimmte Wettbewerbsbeschränkungstypen regelmässig branchenweit gestreut.[73] Nun ist sinnfällig, dass derartige vertikale Intervention im Netz- oder gar im Branchenverbund nachhaltiger freies Marktspiel beeinträchtigt als der isolierte Einzelvertrag. Dies fordert zur Frage heraus, ob in Art. 85 die Auswirkungen solcher Systeme von Parallelverträgen im Urteil über den Individualvertrag aufzurechnen gestattet sei. Der Gerichtshof hat im berühmten *De-Haecht-Urteil*[74] geantwortet: "Das Bestehen gleichartiger Verträge ist ein Sachverhalt, der gemeinsam mit andern eine Gesamtheit wirtschaftlicher und rechtlicher Begleitumstände bilden kann, in deren Zusammenhang der Vertrag bei seiner Beurteilung betrachtet werden muss".[75] Damit

SÖLTER, Ausnahmevorschrift, 673; einlässlich auch ders., Vertriebsbindungen, 72 f.) Es kann alleinig auf die gesamtwirtschaftliche und integrationspolitische Schädlichkeit von Vertikalvereinbarungen ankommen. Verfehlt ist zudem der Rekurs auf das fehlende parteiinterne Konkurrenzverhältnis (dazu vorn 33 f.) oder auf die Theorie vom Händler als "verlängerten Arm" des Herstellers. – Ausführlich zur Widerlegung dieser (und anderer) Gegenargumente insb. KOENIG 40 f. und KNOLL 271 f.

72 Vergl. vorn Bd. 1, 255 f.

73 Wie vorn (Bd. 1, 85 f.) nachgewiesen, lässt sich gerade beim selektiven Vertrieb eine ausgeprägte Neigung zum branchenüblichen Vertriebsweg aufzeigen.

74 Die vorgängige Praxis enthielt zwar eine Reihe – teils widerstreitender – Hinweise, judizierte aber nicht zum Problem selber. (Vergl. die Übersicht von GA ROEMER im Entscheid De Haecht 560 f.; wie hier auch GLEISS/HELM 1554).

75 Urteil De Haecht 556; vergl. die gleichsinnigen Vorträge der Kommission (a.a. O. 552 f.) und des GA (a.a. O. 558 f.) sowie die grundsätzliche Bestätigung im Urteil Metro 1906. Ihnen haben sich angeschlossen: KIRSCHSTEIN, Bierlieferungsverträge, 89 f., RABELS, De Haecht, 225, RUHWINKEL 47, BECHTOLD, Vertriebs-

spricht er sich unmissverständlich für eine Ausrichtung der Diagnose am Gesamtbündel der Vertikalbeschränkungen aus. Wiewohl die Entscheidgründe nicht überaus durchsichtig ausgefallen sind,[76] wird klar, dass er auch an den von Branchegenossen[77] veranstalteten (gleichgelagerten)[78] Wettbewerbsstörungen nicht vorbeisehen will.[79] Zur Begründung bedient er sich in erster Linie der grammatikalischen Auslegung: Da Abs. 1 nicht allein zur Zweck-, sondern auch zur Wirkungskontrolle anleite, seien "diese Wirkungen in dem Rahmen zu betrachten ..., in dem sie auftreten, das heisst in dem wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhang, in dem die Vereinbarungen ... stehen und zusammen mit anderen zu einer kumulativen Auswirkung auf den Wettbewerb führen können."[80]

systeme, 187; vergl. auch MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 227 f., GLEISS/HELM 1553, MAILÄNDER, Kommentar, 205 f. und CUNNINGHAM, Competition Law, 99; mit Bedenken TESSIN, De Haecht, 18 f. und GLEISS, De Haecht, 207.

76 Der EuGH vollzieht – anders als das prägnante Votum von GA ROEMER – keine klare Sonderung zwischen netz- und branchenweiter Optik.

77 Die Erfassung des integralen Vertriebssystems *eines* Herstellers ist nirgendwo kontrovers. (Vergl. etwa für das GWB KNÖPFLE, Bündelung, 208, SCHMITT 170 und SCHWARTZ, Kommentar, 62 f.).

78 Nicht erforderlich ist, dass die Verträge vom Inhalte her sich decken; es genügt Verwandtschaft resp. Wirkungsgleichheit. (Gl.M. – für das GWB – BELKE, Kartellgesetznovelle, 249; vergl. auch KNÖPFLE, Bündelung, 212).

79 Auf eine derart umfassende Bündelungstheorie deutet bereits der Wortlaut der zur Vorabentscheidung gebrachten Frage hin, der von einem "... Nebeneinanderbestehen zahlreicher gleichartiger Verträge, die einer sehr grossen Zahl von Schankwirten durch eine geringe Zahl belgischer Brauereien auferlegt wurden ...", redet. (Urteil De Haecht 547) – Wie umstritten eine solche Betrachtungsweise ist, belegt ein Seitenblick auf den Diskussionsstand um § 18 GWB. Die Lehre ist stark aufgespalten: Vorherrschend unterscheidet sie, welche der drei Eingriffsvoraussetzungen – Kontrahenten-, Dritt- oder Institutionsschutz – auf dem Spiele steht. (Für Bündelung nur bezüglich Institutionsschutz z.B. SCHWARTZ, Kommentar, 70 f. resp. 79 f., ders., Problematik, 398 f., DERINGER/TESSIN, Neufassung, 144; für Bündelung hinsichtlich Dritt- und Institutionsschutz etwa SCHMITT 170 f. und 202, SCHWANKE 104 f., KOENIGS, Probleme, 324 f. und – mit zahlreichen Fundstellen – LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT 363, 367; für Bündelung (auch) in lit. a BELKE, Kartellgesetznovelle, 250 f.; generell dagegen LEHMPFUHL 57 und KNÖPFLE, Bündelung, 209 f.).

80 A.a. O. 555 – Weit weniger besticht die vorstehende Folgerung, die dem Nebeneinander der verschiedenen Wettbewerbsbeschränkungsmittel (Vereinbarung,

Ergiebiger als solche Textexegese[81] erscheint freilich wiederum die *funktionale Betrachtungsweise.* Art. 85 erstrebt Sicherung des Wettbewerbs, gleichviel, ob diesen ein Individualvertrag, ein Einzelvertriebssystem oder eine branchenhomogene Absatzgestaltung gefährde. Man weiss, dass bestimmte Interventionstypen erst deren kumulative Durchsetzung zur kartellrechtlich erheblichen Wettbewerbsbeschränkung macht.[82] Sie nur deshalb aus Art. 85 herauszuhalten hiesse, von Anbeginn mit sachlich ungerechtfertigten Schutzlücken sich abzufinden. Alleinig die Handelsbeeinträchtigung fällt ins Gewicht, nicht die Anzahl der hiefür verantwortlichen Einzelvorkehren.[83] [84] Vor diesem Hintergrund verfangen die gegen die Bündelungstheorie erhobenen Einwände (Rechtssicherheit[85], Verschuldensmanko[86]) nicht. Auch wird man *Kausa-*

Beschluss, Verhaltensabstimmung) die Pflicht, "die Gesamtheit aller Umstände" zu berücksichtigen, entnehmen will. (Vergl. auch die Vorbehalte bei GLEISS/HELM 1553 und KIRSCHSTEIN, Bierlieferungsverträge, 89 f.; dazu immerhin den Deutungsversuch bei RABELS, De Haecht, 223 f.).

81 Dem Wortlaut könnte nämlich auch Gegenteiliges abgewonnen werden. So mag man die Zweckprüfung in Abs. 1 und die negative Freistellungsvoraussetzung von Abs. 3 lit. b als Indizien für eine subjektive (isolierte) Betrachtung heranziehen. (Ausführlicher die Erörterungen des GA, a.a. O. 560; skeptisch gegenüber der grammatikalischen Auslegung auch GLEISS/HELM 1553).

82 Dem steht der Ausnahmefall nicht entgegen, dass ein *Einzel*vertrag Art. 85 verletzt. (Vergl. etwa das (gesuchte) Beispiel von GA ROEMER, a.a. O. 559; dazu auch RABELS, De Haecht, 225).

83 Sehr ähnlich GA ROEMER, a.a. O. 565 f.; vergl. auch die Argumentation (für das GWB) bei KOENIGS, Probleme, 327.

84 Die Wettbewerbsbehörden sind deshalb – das Gerichtshofurteil ist in diesem Punkte zweideutig – zu solcher kumulativer Marktanalyse verpflichtet, nicht bloss berechtigt. (Gl.M. GLEISS/HELM 1553) – Selbstverständlich ist, dass die Parallelität ihrer Anordnung nicht den einzigen Bewertungsmassstab von Vertikalverträgen darstellt. (So klar der Gerichtshof, a.a. O. 565; vergl. auch TESSIN, De Haecht, 19 und GLEISS/HELM 1554 sowie die Aufzählung von weiteren Prüfungsgesichtspunkten durch den GA, a.a. O. 566).

85 Man kennt das Argument der Rechtssicherheit: Wenn der Wettbewerbsbeschränkungscharakter des eigenen Verhaltens in fine von Drittverhalten abhange, sei eine selbständige Analyse der Kartellrechtskonformität ausgeschlossen, zumal Markt und Marktteilnehmer in einem ständigen Wechselspiel sich befänden. Dies könne zu einer "fluktuierenden" Nichtigkeit bestimmter Einzelverträge führen, je nachdem

*lität* höchstens in dem Sinne fordern dürfen, dass der betreffende Individualvertrag dem gesamten Vertriebsordnungskomplex zugehört. Vom richtig verstandenen Gesamtmarkttest entfernt sich aber, wer jedem Einzelkontrakt einen – irgendwie quantifizierten – Mindestbeitrag an ursächlicher Mitveranstaltung abfordert.[87]

Damit sei nicht verschwiegen, dass mit einer solchen Addition von Splittervereinbarungen Sonderprobleme sich einstellen. Bedeutungsvoll ist vor allem die Frage, gegen welche zuerst eingeschritten werden müsse, um die Beschränkung wieder auf das tolerable Mass zurückzubinden. Ohne Belang bleibt sicherlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses.[88] Gleiches gilt für die Unternehmensgrösse

ob das Plansoll an Gesamtbeschränkung eben gerade erfüllt sei. (Vergl. etwa GLEISS/HELM 1555 und RABELS, De Haecht, 227; ähnlich wohl HERMANNS, Selektiver Vertrieb, 174) – An grundsätzlicher Voraussehbarkeit dürfte es indessen kaum mangeln. Zumal grosse Hersteller – über das Marktgeschehen regelmässig gründlich orientiert – werden den brancheweiten Bindungsgrad auszumachen imstande sein. Überdies stehen Rechtsbehelfe der Präventivabklärung (Negativattest, Freistellungsantrag) bereit.

86 Gelegentlich ergeht der Vorwurf, dem Unternehmen werde ein Verhalten angelastet, das massgeblich in fremdem Verantwortlichkeitsbereich wurzle. Mithin sei die Verschuldens- und Billigkeitsmaxime verletzt. (Vergl. etwa KNÖPFLE, Bündelung, 209). Damit wird übersehen, dass Art. 85 eine Markt- und Integrationsschutzbestimmung, nicht aber eine poenale Eingriffsnorm ist. Anderes wäre ein Rückfall von der wirtschafts- in die genuin deliktsrechtliche Philosophie. (Vergl. im Kontext auch BELKE, Kartellgesetznovelle, 251; gegen ein Abstellen auf Verschulden auch die Kommission, a.a. O. 554).

87 So aber GLEISS/HELM (1554 f.), die nur dann die Bündelung zulassen wollen, wenn "jede Einzelvereinbarung auch in der Gesamtheit noch einen feststellbaren, spürbaren Einfluss auf die Handelsströme und Marktverhältnisse hat". (Ähnlich wohl GLEISS, De Haecht, 207) – Neben dem Problem der Bestimmung dieser kartellrechtlich relevanten "Reizschwelle" für den Einzelkontrakt ist hiegegen zu bedenken, dass Wettbewerbsbeschränkungen auf polipolistischen Märkten deshalb einem Zugriff entrinnen können, weil ein Grossteil der Individualverträge sich unterhalb des geforderten Intensitätspegels bewegt. – Zur Kausalitätsfrage im Zusammenhang mit "bewirkten" Wettbewerbsbeschränkungen Näheres hinten 131 f.

88 Es grenzte an Willkür, Verträge nur deswegen zu beseitigen, weil sie länger (oder weniger lang) als andere bestehen. (Gl.M. TESSIN, De Haecht, 19, RUHWINKEL 89 f., RABELS, De Haecht, 227, GLEISS/HELM 1555, KOENIGS, Probleme, 328 f.; anders HERMANNS, Selektiver Vertrieb, 174).

des Binders oder des Gebundenen.[89] Sachgerecht ist allein ein Vorgehen nach dem Intensitätsgrad der Handelsbeeinträchtigung. Es müssen also fürs erste diejenigen Bindungen fallen, die einen freien Warenverkehr am meisten gefährden.[90] [91]

89 Ebenso RUHWINKEL 88 f.; a.M. – mit Beizug des Verhältnismässigkeitsprinzips – wohl SCHMITT 171 (für das GWB).

90 Wie hier RABELS, De Haecht, 228 und GA ROEMER (a.a. O. 566). Damit wird ein Korrektiv geschaffen zur abgelehnten Kausalitätstheorie: Vertikalverträge werden unbesehen ihres "Mitverantwortlichkeitsgrades" unterstellt; bei der Partialremedur überleben aber zunächst die intensitätsschwächeren. – Gegen dieses Konzept GLEISS/HELM 1555 und RUHWINKEL 89 – TESSIN (De Haecht, 19) fürchtet um eine Diskriminierung von Grossunternehmen. Er übergeht dabei, dass diese auch den bedeutungsvollsten Beitrag zum verpönten Marktknebelungserfolg leisten.

91 Man beachte immerhin den (interessanten) Vorschlag RUHWINKELS nach einer konzentrationssymmetrischen Teilung. (93 f.) – Anders auch KOENIGS (Probleme, 329), der zuvorderst Aufhebung jener Bindungen verlangt, "deren Verlust dem oder den bindenden Unternehmen die geringsten Nachteile verursacht...".

## § 3 Die Rechtsanwendung über vertikale Intervention

Im Anschluss an diese Durchleuchtung von Grundsatzfragen des vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsrechts ist aufgrund von Einzelsachverhalten aufzuzeigen, wie die europäischen Wettbewerbsbehörden[1] über verschiedene herstellerische Organisationsformen des Vertriebs judiziert haben. Geboten werden soll ein Überblick über die Rechtsanwendung von Art. 85 im Bereiche der vertikalen Intervention. Nach der Typologie der Konkurrenzbeschränkungen interessiert allen voran der Selektivvertrieb im engeren Sinn, d.h. die (persönliche) Vertriebs- und die Marketing-Bindung.[2] Daneben ist aber auch über die Spruchpraxis zu andern, in selektiven Absatzsystemen geläufigen Vertragsklauseln zu referieren.[3] Ausgelassen wird der (anderswo zur Genüge ausdiskutierte) Fortgang der Rechtsprechung über den Alleinvertrieb und die formellen Export- oder Importverbote.[4] Dagegen wird, – weil Marktabschottung die Grenzen der europakartellrechtlich hingenommenen Vertriebsregeln vorgibt –, eingegangen auf neuere Entwicklungen im Recht der Gebietsschutzsurrogate sowie auf besondere Aspekte der Gebietsschutzbehandlung.

Wettbewerbsrecht in der Gemeinschaft sprechen bekanntlich die Kommission und der Gerichtshof. Zunächst werden deshalb die einschlägigen Kommissionsentscheidungen abgehandelt, solche auf ein Negativattest (Art. 2 der Vo 17), auf eine Abstellung von

1 Die Überschau beschränkt sich auf die Praxis der *europäischen Instanzen;* verzichtet wird auf die Darstellung der Rechtsprechung nationalstaatlicher Gerichte.

2 Zum seinstypischen Kern des selektiven Vertriebs vorn Bd. 1, 232 f.

3 Bezugsbindungen, Mindestabnahmen, Akquisitionsverbote, Kooperations- und Informationspflichten usw.

4 Vergl. etwa die Abhandlungen bei SCHLUEP, AVV I, 100 f., KIRSCHSTEIN, AVV, 777 f., DERINGER, AVV, 1585 f., EWALD, AVV, 113 f., GLEISS, Urteile, 163 f., SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 49 f., STUMPF/LÖSCH 16 f., WINKEL 192 f., BENEDICT 165 f., BELLAMY/CHILD 172 f., DAM 111 f., FULDA 306 f., BAROUNOS/HALL/JAMES 97 f., MAILÄNDER, AVV, 834 f., MARTINO, AVV, 89 f., SCHRÖTER 111 f., TESSIN, AVV im EWG-Kartellrecht, 1261 f., SCHULTE-MÄTER 14 f., GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 171 f.

Zuwiderhandlungen (Art. 3) oder auf eine Freistellung (Art. 6). Ihnen zur Seite gestellt sind Mitteilungen und Äusserungen von Beschwerdepunkten[5], also Stellungnahmen aus nicht bis zum förmlichen Entscheid vorangetriebenen Verfahren. Hier haben die Parteien die untersuchten Vertriebspraktiken auf Rüge der Kommission "freiwillig" vor Spruchreife gelockert. Schliesslich sind zwei Urteile des Gerichtshofes anzuzeigen, das eine gefällt in einem Vorlageverfahren (gemäss Art. 177), das andere in einem Rechtsmittelverfahren (gemäss Art. 173).

All diese Verdikte der Wettbewerbsbehörden werden weder nach rechtstatsächlichen noch nach kartellrechtsdogmatischen Gesichtspunkten gesondert. Um den Entwicklungsgang der Rechtsanwendung nachzuzeichnen, sind sie chronologisch aneinandergereiht.[6]

## I. Kommission

### 1. Entscheide

#### a) Grosfillex/Fillistorf

Ihr erstes Negativattest erteilte die Kommission am 11. März 1964 für den *Alleinvertriebsvertrag* zwischen den Firmen *Grosfillex* in Arbent (Frankreich) und *Fillistorf* in Zürich.[7] Vereinbart waren – neben der exklusiven Absatzbindung – eine Bezugsklausel (für Fremdwaren), ein Konkurrenzverbot sowie eine räumliche Vertriebsbindung. Vorab befand die Kommission, die Alleinvertriebsabsprache selber bezwecke keine Wettbewerbsbeschränkung im Gemeinschaftsinnern, weil das zugewiesene Vertragsgebiet jenseits der EG-Grenzen liege. Gleichwohl seien von den Zusatzvereinbarungen ausgehende tatsächliche Konkurrenzstörungen zu unter-

5 Vor allem publiziert im Bull. und in den Wettbewerbsberichten.

6 Methodisch wie hier SCHLUEP, AVV I, 99 f.

7 ABl. Nr. 58 vom 9.4.1964, 915; GRUR Ausl. 1964, 381.

suchen. Sie verneinte aber jedenfalls eine spürbare Beschränkung innerhalb des Gemeinsamen Marktes, hinweisend auf die Aussenzollgrenzen, auf das homogene Preisgefüge sowie auf den spielenden Hersteller- und Händlerwettbewerb.

### b) Mertens & Straet/Bendix

In ihrer Entscheidung vom 1. Juni 1964 hielt die Kommission Art. 85 für nicht anwendbar auf die Distributionsabrede zwischen der belgischen Handelsfirma *Mertens & Straet* und dem amerikanischen Produzenten *Bendix International Division of the Bendix Corporation.*[8] Diese enthielt zwar Absatzförderungs- und Marketingpflichten,[9] doch fehlten Ausschliesslichkeiten (in Bezug und Absatz) oder (räumliche und persönliche) Vertriebsbindungen. Nach einem grundlegenden Bekenntnis zum Wirkungsstatut[10] entsprach die Kommission dem Antrag auf ein Negativattest, weil keine Warenbewegungen oder Verkaufspreise normiert und auch keine andern Wettbewerbsbeschränkungsklauseln beigegeben seien.

### c) Nicholas/Vitapro

Gleich entschied die Kommission (am 30. Juli 1964) für das Abkommen zwischen *S.A. Nicholas Frères* in Paris und *Vitapro* in London.[11] Erstere hatte 1961 das Vermögen der Laboratoire Vitapointe S.A. (einschliesslich deren in mehreren Ländern registrierten Patente, Warenzeichen und Geschmacksmuster) erworben. In

8 ABl. Nr. 92 vom 10.6.1964, 1426 f.; GRUR Ausl. 1964, 381.

9 Insb.: Lagerhaltung, Kundendienst.

10 "An sich ist die Tatsache, dass der Hersteller seinen Sitz ausserhalb des Gemeinsamen Marktes hat, kein Hindernis für die Anwendbarkeit von Art. 85 des EWG-Vertrages, da die Vereinbarung sich innerhalb des Gemeinsamen Marktes auswirkt." (A.a. O. 1427).

11 ABl. Nr. 126 vom 26.8.1964, 2287 f.; GRUR Ausl. 1965, 25 f.

der Gegenstand des Ersuchens um Negativattest bildenden Vereinbarung vom 11. Juli 1962 veräusserte Nicholas der Vitapro die von Vitapointe erlangten Rechte für ausgewählte Drittstaaten. In Sonderheit verpflichtete sich Vitapro, für das Gebiet des Gemeinsamen Marktes weder die übertragenen Warenzeichen selber zu benutzen noch eine Fremdbenutzung zu dulden. Beide Partner übernahmen ausserdem räumlich ausgesteckte Konkurrenzverbote. Dasjenige der Firma Vitapro[12] hielt die Kommission – seiner Drittwirkungen wegen – für eine europakartellrechtlich erhebliche Wettbewerbsbeschränkung, die freilich nur "für eine kurze Anlaufszeit" Geltung habe. Die Warenzeichenabrede dagegen sei Reflex der vorausgegangenen Unternehmensaufsplitterung für Nichtmitglied-Staaten, die zwar zwei regionale Teilmärkte aussondere, aber den Gemeinsamen Markt selber nicht unterteile. Zudem wurden der lebhafte Inter-brand-Wettbewerb und die unbedeutende Unternehmensgrösse von Nicholas herausgestellt.

### d) Rieckermann/AEG-Elotherm

Am 6. November 1968 stellte die Kommission ein Negativattest[13] aus für den unter den beiden deutschen Unternehmen *Johs. Rieckermann Kommanditgesellschaft* und *AEG-Elotherm Gesellschaft mit beschränkter Haftung* geschlossenen *Alleinvertriebsvertrag* für bestimmte Industrieanlagen.[14] Darin ging AEG-Elotherm als Lieferant eine (einfache und qualifizierte) räumliche Exklusivbindung für den Exportmarkt Japan ein. Rieckermann übernahm eine entsprechende Absatzförderungs- bzw. Kundendienstpflicht sowie eine Bezugsausschliesslichkeit für Konkurrenzwaren und verzichtete auf jede andere (auch innergemeinschaftliche) Ausfuhrtätigkeit mit den Vertragserzeugnissen. Alle drei Warenlaufbindungen wurden von der Kommission für ungeeignet befunden, freie

12 Des fehlenden räumlichen Geltungsanspruches wegen unerörtert blieb das Wettbewerbsverbot von Nicholas.

13 ABl. Nr. L 276 vom 14.11.1968, 25 f.

14 Einrichtungen zum induktiven Erwärmen, Schmelzen und Härten.

Konkurrenz nach Art. 85 einzuschränken. Beachtlich sind zumal die Ausführungen über das generelle Exportverbot: Dieses entfache allenfalls "geringfügige Wirkungen auf den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes", denn in der betreffenden Branche sei Auftragsfertigung gängig und daher "eine Verwendung von durch Rieckermann bereits gekauften Anlagen bei Nachfragern innerhalb des Gemeinsamen Marktes aus technischen Gründen im allgemeinen nicht möglich...."[15] Zu Recht wurde erkannt, dass die räumliche Vertriebsbindung auf ein Verbot der Bemühungen um Aufträge von EG-Bestellern hinauslaufe. Diesen entgehe aber deshalb kein Anbieter von Vertragswaren, weil "der Geschäftsbetrieb Rieckermanns gegenwärtig...ohnehin nicht auf Absatz innerhalb des Gemeinsamen Marktes eingerichtet" sei.[16] Obendrein zweifelte die Kommission die Wettbewerbsfähigkeit des Händlers an[17] und verwies auf dessen Möglichkeit, in Europa nach Belieben Konkurrenzwaren zu vertreiben. Im Zusammenhang mit der Bezugsbindung wurden Alternativenverluste des Schuldners und der ferngehaltenen Drittlieferanten hervorgehoben. Diese zeitigten indessen – angesichts der Zahl von Herstellern und Ausfuhrhändlern – keinen Niederschlag auf den gemeinschaftlichen Wettbewerb. Zu unbedeutend nehme die Marktstellung Rieckermanns sich aus, als dass Absatzchancen der Rivalen von AEG-Elotherm auf dem japanischen Markt schwänden.[18] Partei- und Drittwirkungen untersuchte die Kommission auch bei der Alleinvertriebsklausel. Unter-

15 A.a. O. 27.

16 A.a. O. 27.

17 "Da AEG-Elotherm und bedeutende Wettbewerber ihre Anlagen im Gemeinsamen Markt unmittelbar an die Verbraucher teils selbst, teils über Konzerngesellschaften oder Abschlüsse vermittelnde Vertreter absetzen, wäre Rieckermann den unmittelbaren Absatzbemühungen von AEG-Elotherm und deren ebenfalls unmittelbar vertreibenden Konkurrenten und damit einem Kostenvorsprung dieser Unternehmen beim Vertrieb ausgesetzt, den Rieckermann auszugleichen hätte." (A.a. O. 27).

18 Zugleich wurde "des technisch komplizierten Charakters der Anlagen und des hohen Wertes jeder Anlage" wegen in Frage gestellt, ob Mehrproduktehändler "überhaupt eine Absatzförderung bei der Ausfuhr nach Japan erlangen können, die derjenigen gleichwertig ist, die Alleinvertriebshändler zu erbringen in der Lage sind." (A.a. O. 27).

nehmerische Handlungsfreiheit ginge dem Hersteller (ohne Rückwirkungen auf die gemeinschaftsinterne Konkurrenz) alleinig bezüglich ausländischer Märkte verloren. Auch der (zwar bezweckte) Händlerausschluss beeinträchtige – der vorhandenen Ausweichvarianten wegen – nicht spürbar die Angebots- und Nachfrageverhältnisse im EG-Raum. Mit gleichem Ergebnis prüfte die Kommission zuletzt die qualifizierte (räumliche) Absatzbindung.[19]

### e) Kodak

In der Entscheidung vom 30. Juni 1970 erlangten die europäischen Töchter der US-Gesellschaft *Eastman Kodak* ein Negativattest.[20] Deren Absatzverträge mit der Mutter enthielten – nebst Vorschriften über Zahlungsdestination und örtlich massgebliche Preisfestsetzung – vor allem eine Vertriebsbindung (mit Diktat qualitativer Selektion)[21] sowie ein Exportverbot für Drittländer. Zunächst begutachtete die Kommission den *Konzernsachverhalt.* Mit Blick auf die vorhandene (und ausgeschöpfte) Weisungsgewalt von Kodak schloss sie ein wirtschaftliches Eigenleben der Tochtergesellschaften schlechthin aus. Wettbewerbsrechtlich dürfe daher nicht angeknüpft werden an einer Vereinbarung oder an vertikaler rsp. horizontaler Verhaltensabstimmung im Innern der Unternehmenseinheit. Dennoch unterstellte sie die konzerninternen Absprachen grundsätzlich Art. 85, da diese "notwendigerweise Gegenstand der Verträge zwischen den Kodak-Gesellschaften und ihren einzelnen Abnehmern" seien.[22] Hernach missbilligte sie die

19 Sie machte eine Einengung der Inhaltsfreiheit des Produzenten aus, was auf der nachgehenden Marktstufe Abnehmern Absatzgelegenheiten vorenthalte. Soweit Exporthändler davon betroffen, sei der wettbewerbsrechtliche Sachverhalt nicht anders zu beurteilen als bei der einfachen Exklusivklausel. (A.a. O. 28).

20 ABl. Nr. L 147 vom 7.7.1970, 24 f.

21 Ausschliessliche Belieferung von Handelsbetrieben mit ausgebildetem Personal und mit einem hinsichtlich Lagerhaltung, Ausstellung und Geschäftstätigkeit befriedigenden Raumangebot.

22 A.a. O. 25.

Geschäftsbedingungen in ihrer früheren Fassung, die ein generelles Ausfuhrverbot[23] sowie ein gleichfalls auf Isolierung der nationalen Teilmärkte hinzielendes Preis- und Zahlungsortabkommen[24] eingeschlossen hatten. Die revidierte Vertriebsordnung dagegen verstiess nach Auffassung der Kommission nicht gegen das Kartellverbot. Den das EG-Ausland betreffenden Gebietsschutz hielt sie für ungeeignet, zwischenstaatlichen Güteraustausch aus natürlichen Bahnen abzulenken. Der zusätzlichen Handelsspannen, Frachtkosten und Zollbelastungen wegen als zu gering veranschlagte sie die Wahrscheinlichkeit einer Wiedereinschleusung exportierter Waren in den Gemeinschaftsraum.[25] Auch die *Fachhandelsbindung* wurde nicht beanstandet. Nach ihrem Wortlaut könnten nämlich keine den qualitativen Anforderungen gewachsene Wiederverkäufer aus dem Verteilernetz ausgeschlossen werden, gleichviel, ob sie die Vertragswaren im Inland oder über EG-Binnengrenzen bezögen oder absetzten. Missbräuche zu Marktabschottungszwecken konnte die Kommission (auch bezüglich der neuen Preismodalitäten) keine feststellen.

### f) Omega

Erstmals über ein "klassisches" *selektives Vertriebssystem* judizierte die Kommission in ihrer Entscheidung vom 28. Oktober

23 Nichts ändere daran der Vorbehalt: "... soweit die anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen eine solche Ausfuhrbeschränkung zulassen".

24 Vorgeschriebenes Zahlungsdomizil war auch bei Importen aus andern Mitgliedstaaten die Niederlassung im Residenzgebiet des Käufers, die alsdann die landesüblichen Preise in Rechnung stellte. Hiedurch verloren die Abnehmer bei allfälligen zwischenstaatlichen Preisdifferenzierungen jedes Interesse an Parallelimporten.

25 Mehr noch: "Selbst wenn eine solche Wiedereinfuhr ausnahmsweise stattfinden sollte, ist es unwahrscheinlich, dass die wiedereingeführten Produkte in einen andern Mitgliedstaat weiterexportiert werden. Seit der Beseitigung der Zölle innerhalb des Gemeinsamen Marktes und dem Inkrafttreten der neuen Kodak-Geschäftsbedingungen kann die Nachfrage in einem Mitgliedstaat unmittelbar aus einem andern Mitgliedstaat weit einfacher und zu einem günstigeren Preis befriedigt werden als aus einem Drittstaat, in den die nachgefragten Erzeugnisse zuvor aus dem Gemeinsamen Markt exportiert sind." (A.a. O. 26).

1970.[26] Zu begutachten war die Absatzorganisation des Schweizer Uhrenherstellers *Omega Louis Brandt et Frères SA.* im Gemeinsamen Markt. Dieser hatte sich für jeden Mitgliedstaat einen Exklusivhändler ("Generalvertreter") als Direktimporteur bestellt. In inhaltsgleichen Alleinvertriebsverträgen gestand er ihnen einerseits für das Residenzland eine Ausschliesslichkeit im Absatz zu, überband ihnen andererseits Verkaufsförderungs- sowie Marketingpflichten.[27] Ferner betraute er sie mit dem Aufbau eines Netzes von (nach vorgeschriebener qualitativer und quantitativer Selektion auszulesenden) Einzelhändlern und untersagte ihnen Verkäufe in Drittstaaten. Ungebunden blieben Preis- und Sortimentspolitik.[28] Für den Absatz in Frankreich und den Benelux-Staaten legte der Produzent selber Muster-Vertriebsverträge vor, auf die Generalvertreter und Detailhandel zu kontrahieren hatten. In ihrer Vertriebsbindungsordnung hielten diese nachdrücklich jeden (auch grenzüberschreitenden) Warenverkehr innerhalb des Netzes offen, verboten aber die Anlieferung nicht autorisierter Abnehmer. An den Detaillisten waren ebenfalls marketing-politische Vorschriften[29] gerichtet, an die Alleinvertreter ein umfassendes Kooperations- und Unterstützungsgebot.[30] Die Vertragshändlerverträge in Holland und Belgien banden ausserdem die Endverbraucherpreise im Binnenabsatz.

In ihren wettbewerbsrechtlichen Erwägungen zu den Alleinvertriebsabkommen unterstellte die Kommission vorab die Absatz-

26 ABl. Nr. L 242 vom 5.11.1970, 22 f.

27 Lagerhaltung, Reparatur-, Wartungs- und Garantiedienste. – Dem französischen, italienischen und deutschen Generalvertreter war überdies die Fertigung dem einheimischen Publikum angepasster Uhrengehäuse und Armbänder aufgetragen.

28 Insb. keine Bezugsbindungen für Fremdwaren.

29 Herausstellung des Produzentenzeichens, repräsentative Ausstattung, Mindestlagerbestand, Reparatur- und Garantieleistungen.

30 Im einzelnen: Werbehilfe, Unterstützung bei Geschäftsausstattung und Lagerhaltung, Erbringung von Garantieleistungen, Ersatzteilversorgung.

klausel *Art. 85 Abs. 1*, da diese räumliche Bezugsmonopole aufrichte. Bemerkenswert ist ihr Befund über die (persönlichen marktstufenindifferenten) Vertriebsbindungen. Sie bejahte eine durch die Kundenselektion ausgelöste Wettbewerbsbeschränkung, und zwar nicht deshalb, "weil nur solche Uhren- und Schmuckwarenhändler bestellt werden, die bestimmte objektive und einheitliche Voraussetzungen bezüglich der Fachkenntnisse und der Ausstattung erfüllen, sondern weil jeder Generalvertreter von vornherein je Stadt oder Gebiet entsprechend der mutmasslichen Kaufkraft der örtlichen Kundschaft eine Höchstzahl von Händlern festsetzt."[31] Spürbarkeit unterstellte sie mit dem Hinweis auf die grosse Schar trotz befriedigendem Leistungsprofil ausgeschlossener Verteiler. Zwischenstaatlicher Handel sei beeinträchtigt durch die gleichen Vertriebshemmnisse für Inland- wie Auslandgeschäfte. Das Verbot eines Exports in ausländische Märkte dagegen hielt sie – mit der bekannten Beweisführung[32] – aus dem Anwendungsbereich von Art. 85 heraus. Ohne nähere Begründung billigte sie die übrigen Bindungen der Generalvertreter, im besonderen die Produktions- und Marketingpflichten sowie die Warenzeichenklausel. Die den Warenaustausch mit der Einzelhandelsstufe regelnden Musterverträge deutete sie als Kartellrechtsverstoss, soweit sie dem autorisierten Abnehmerkreis jede netzexterne Lieferung unterbänden. Hiedurch würden die Ausgangs- oder Bestimmungsort von grenzüberquerenden Güterströmen bildenden Detailhandelsbetriebe zahlenmässig herabgesetzt.

Ausführlich befasste sich die Kommission hernach mit der Anwendbarkeit von *Art. 85 Abs. 3*. Vorweg schloss sie eine gruppenweise Freistellung der Alleinvertriebsabreden (gemäss Vo 67/67) aus, da die Vertriebsbindung nicht dem nach Art. 2 geduldeten Kreis von Zusatzklauseln angehöre. Folgerichtig waren die Voraussetzungen eines Einzelfallattestes zu überprüfen. Der gesamten Warenlaufordnung wurde eine Verbesserung der Distribution zugetraut, führe sie doch "zu einer intensiveren Bearbeitung des Marktes und einer kontinuierlichen Versorgung unter gleichzeitiger

31 A.a. O. 25.

32 Wie im Kodak-Entscheid (Vergl. oben 53).

Rationalisierung der Verteilung."[33] Ausserdem gestatte sie die Berücksichtigung örtlicher Käuferpräferenzen und fördere die Leistungsfähigkeit des Kundendienstes. All dies strahle auf den Verbraucher aus, dem der Bezug ausländischer Erzeugnisse nach individuellem Geschmack und deren technische Betreuung gesichert sei.[34] Die Frage der Unerlässlichkeit der Vertikalintervention stellte sich vornehmlich für die quantitative Kundenbeschränkung.[35] Mit Blick auf die begrenzten Produktionskapazitäten des Herstellers und auf den kleinen Abnehmerkreis der kostspieligen Erzeugnisse prognostizierte die Kommission bei Verdichtung des Verteilernetzes ein zu geringes Verkaufsvolumen der einzelnen Absatzstelle. Dies würde dem Händler den Anreiz für tatkräftige Absatzbemühungen rauben und ihm die Anlage breiter Sortimente verunmöglichen. Die vertriebspolitischen Ziele von Omega liessen sich daher nur mit einer Anpassung der Absatzmittlerzahl an die Kaufkraft der Bevölkerung im Vertragsgebiet erreichen. Nach ihrer Auffassung bot das Vertragshändlersystem auch keine Möglichkeit, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Sie lotete sowohl hinreichende produktinterne wie produktexterne Konkurrenz aus. Die nämlichen Freistellungserwägungen stellte die Kommission für die Muster-Vertriebsverträge auf der nachgehenden Handelsstufe an. Diese seien lediglich die konsequente Absicherung der Distributionswegepolitik über das gesamte Stufengefüge. Vor allem herrsche auch unter Einzelhändlern in genügendem Ausmass freies Marktspiel.[36]

Abschliessend verweist der Entscheid auf eine Reihe von Bestimmungen in früheren Verträgen, deren Unerlässlichkeit die Kommission mit Nachdruck bestritt. In der Folge wurden formelle

33 A.a. O. 26.

34 Besonders hervorgehoben wurde deren Bedeutung bei "technisch hochentwickelten und verhältnismässig teuren Produkten." (A.a. O. 26).

35 Für die übrigen Klauseln verwies die Kommission auf Art. 2 Abs. 2 der Vo 67/67.

36 Dafür sorge zumal das Recht zu beliebigen Endverbraucherverkäufen, der Verzicht auf eine Bezugsbindung für Fremdwaren sowie die freigestellte netzinterne Beschaffung der Vertragserzeugnisse.

Exportbeschränkungen, persönliche Bezugs- und Vertriebsbindungen mit Gebietsschutzeffekt[37] sowie ein Verbot von Warenhausverkäufen vorzeitig aufgehoben.

### g) Pittsburgh Corning Europe

Einen eigenwilligen Sachverhalt der vertikalen Intervention beurteilte die Kommission am 23. November 1972.[38] Ihre Dienststellen hatten seit längerem vermerkt, dass der belgische Schaumglashersteller *Pittsburgh Corning Europe* einzelne Mitgliedländer zu unterschiedlichen Preisen anlieferte. Aufgefallen war zumal die beträchtlich höhere Preisstellung[39] seiner deutschen Vertriebstochter. Um Paralleleinfuhren in die Bundesrepublik zu hintertreiben, veranlasste er seine Alleinvertreter in Belgien (Formica) und in Holland (Hertel) zu einer Neugestaltung ihrer *Verkaufstarife.* In Rechnung gestellt wurde ein stark übersetzter "Normalpreis", von dem eine 20%-ige Ermässigung abzuziehen befugt war, wer eine Inlandverwendung der Vertragsprodukte nachwies. Vorerst deckte die Kommission auf, dass die Händler diese Preisordnung nicht aus freien Stücken festgesetzt hatten. Die gleichen Gebietsschutzbehelfe, der gleiche Diskriminierungssatz, die Übereinstimmung der Einführungsdaten und das Fehlen jedes betriebswirtschaftlichen Interesses an der Exportzügelung zeigten vielmehr an, dass der Produzent auf eine derartige Preisstaffelung hingewirkt habe.[40] Kraft des Akzeptes durch Formica und Hertel erfüllten diese Preispraktiken daher den Tatbestand der *Verhaltensabstimmung.* Daran vermöge auch der Hinweis auf allfälligen herstellerischen Druckein-

37 Nämlich die Pflicht zum ausschliesslichen Bezug beim zuständigen Generalvertreter und ein generelles Querlieferverbot.

38 ABl. Nr. L 272 vom 5.12.1972, 35 f.

39 Bis zu 40%.

40 Sie bewies auch (aufgrund von Sitzungsprotokollen, Entwürfen, Briefwechseln usw.) eine intensive vorausgegangene Kontaktpflege.

satz nichts zu ändern.[41] Gleichfalls zurückgewiesen wurde der Einwand des belgischen Absatzmittlers, er sei in Tat und Wahrheit nicht Vertragshändler, sondern Agent von Pittsburgh Corning Europe. Anlehnend an ihre eigene Bekanntmachung[42] wiederholte die Kommission, dass für die Diagnose der Abnehmerstellung nichts vom "äusseren Anschein", aber alles vom "wirklichen Charakter der Rechtshandlungen, der Beziehungen zwischen Unternehmen und der wirtschaftlichen Verhältnisse" abhange.[43]

Den concerted practices selber lastete sie an, eine Behinderung des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt zu bezwecken und zu bewirken sowie den Übergrenzhandel integrationswidrig zu beeinträchtigen. Sie durchkreuzten nämlich einen Weiterverkauf der Vertragswaren aus Belgien und den Niederlanden zu Preisen, die diejenigen der Tochter in der Bundesrepublik konkurrenzieren könnten. Zum Beleg verwies die Kommission auf die Bedeutung der beiden Handelsgesellschaften, auf den Umfang der unterbundenen Parallelimporte sowie auf den augenfälligen Charakter der Vorkehr. Das Ersuchen um Freistellung nach Art. 85 Abs. 3, das der Hersteller mit Rekurs auf den aufwendigen Service gestellt hatte, lehnte sie ab. Nie führe die Abschottung des deutschen Marktes zu einer Verbesserung der Warenverteilung, wenn sie dem Konsumenten in der BRD einen billigeren Einkauf über die Grenze verwehre. Überdies lasse "sich weder ein technischer noch ein wirtschaftlicher Fortschritt darin erkennen, dass eine finanzielle Belastung für eine kostspielige technische Kundenbetreuung auf die Verbraucher abgewälzt" werde, die diese nicht wünschten.[44]

41 Hertel trug vor, den Begehren nur aus Furcht vor der Vertragsauflösung stattgegeben zu haben. Die Kommission liess tatsächliche Zustimmung und Mitwirkung genügen. Anderes bedeutete nach ihrer Meinung "den Verzicht auf die Anwendung von Artikel 85 auf nahezu sämtliche Verkaufsbedingungen, die den Vertragshändlern im Gemeinsamen Markt von den Herstellern auferlegt werden." (A.a. O. 37).

42 Bekanntmachung vom 24. Dezember 1962 über Alleinvertriebsverträge mit Handelsvertretern (ABl. Nr. 139 vom 24.12.1962).

43 A.a. O. 37.

44 A.a. O. 39.

h) Du Pont de Nemours

Am 14. Juni 1973 erging ein Negativattest zugunsten des innerstaatlichen Absatzsystems der Firma *Du Pont de Nemours Deutschland.*[45] Nach einer freiwilligen Aufgabe von Preisbindungsvorschriften, Exportverboten und gebietsschützerischen marktstufenspezifischen Vertriebsklauseln hatte die Kommission nur noch über die Pflicht zur Einhaltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen des Herstellers zu befinden. Diese enthielten vor allem Weisungen über Auftragserteilung, Preisstellung, Versand sowie Abreden kaufrechtlicher Natur.[46] Dazu gesellten sich die Verpflichtungen zur Erbringung des branchegängigen Kundendienstes, zur ausschliesslichen Lieferung originalverpackter Waren und eine Gewährleistungspflicht. Die Kommission verneinte, dass irgendeine dieser Bestimmungen gemeinschaftlichen Wettbewerb im Sinne von Art. 85 Abs. 1 beschränke, zumal die Preisfestsetzung auf sämtlichen Zwischenhandelsstufen freigehalten sei.

i) Philips

Der Kommissionsentscheid vom 5. Oktober 1973 beanstandete das straffe Vertriebs- und Preisbindungsregime der *Deutschen Philips GmbH.*[47] Die Vertragshändlerverträge dieser Tochter des niederländischen Stammhauses N.V. Philips Gloeilampenfabrieken regelten in aussergewöhnlicher Dichte den netzinternen Güterverkehr. Sie untersagten im einzelnen Ausfuhrgeschäfte, Querverkäufe an Stufenkollegen[48], Endverbraucherabsatz des Grosshandels und Rücklieferungen des Einzelhandels. Vorbestimmt waren obendrein die Verkaufspreise, ungeachtet eines Bezugs der Ware

45 ABl. Nr. L 194 vom 16.7.1973, 27 f.

46 Eigentumsvorbehalt, Zahlungsbedingungen, Beanstandungen, Gerichtsstand.

47 ABl. Nr. L 293 vom 20.10.1973, 40 f.

48 Verstärkt wurde die Querlieferregel durch ein Verbot der Werbung in Wiederverkäufer ansprechenden Offerentenblättern.

von deutschen oder von ausländischen Lieferanten. (Preis- und Reimportpreisbindung). Die Kommission wertete jede Teilabsprache dieses umfassenden Gebiets- und Preisschutzsystems als Verletzung des Kartelltatbestandes von Art. 85 Abs. 1. Das Exportverbot verwehre deutschen Händlern, auf fremden Märkten den Wettbewerb zu beleben. Im grenzüberschreitenden Bereich wirkungsgleich seien die (generellen) Querliefervorschriften, während die Direktverkaufsregel den Grossisten allen Endverbrauchern als Lieferanten vorenthalte.[49] Einlässlich erörterte die Kommission die Preisabsprachen. Zunächst unterstellte sie die (zwischen Inlandpartnern vereinbarte) Preisbindung dem Europakartellrecht, soweit sie auf Auslandverkäufe in andere Mitgliedstaaten sich ausdehne. Gegen Art. 85 Abs. 1 verstosse ebenfalls die *Reimportpreisbindung*. Sie hindere die deutschen Detaillisten daran, in der Bundesrepublik mit eingeführten Vertragserzeugnissen einen Preiskampf auszulösen. Im besonderen widersetzte sie sich dem vertrauten Rechtfertigungsargument, Gebietsisolierung sei unabdingbar zur Aufrechterhaltung der einzelstaatlich geduldeten Preisbindungssysteme. Mit Nachdruck wurde festgehalten: "Eine den Zielen des Gemeinsamen Marktes entgegenstehende Abriegelung der nationalen Märkte kann nicht schon im Hinblick auf die durch den nationalen Gesetzgeber eröffnete Möglichkeit, die Verbrauchspreise für bestimmte Erzeugnisse zu binden, als mit den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages vereinbar betrachtet werden."[50] Wohl sei Übergrenzeinkauf nicht per se ausgeschlossen, doch verhindere die Reimportpreisbindung, Beschaffungsvorteile den deutschen Konsumenten weiterzuleiten und lasse dadurch lediglich die Detaillistenspannen anwachsen.[51]

49 Das Rücklieferverbot verschliesse weitere Alternativen des grosshändlerischen Einkaufs über die Grenze.

50 A.a. O. 42.

51 Jedenfalls sei bezüglich der Konsumentenpreise "die Wettbewerbslage auf der Einzelhandelsstufe...dieselbe wie im Fall einer Abschirmung durch Export- bzw. Reimportverbote." (A.a. O. 42).

## k) BMW

In einem ungewöhnlich breit ausgeführten Entscheid vom 13. Dezember 1974 urteilte die Kommission über den *selektiven Inlandabsatz* der *Bayrischen Motoren Werke AG.*[52] Der Automobilhersteller hatte sich für den deutschen Markt ein 2-stufiges Vertriebssystem über (gleichförmig gebundene) Direkt- und Vertragshändler aufgebaut. Im Zentrum der vertraglichen Ausgestaltung stand ein Netz strenger Warenlaufabsprachen. Jedem Verteiler untersagt waren Verkäufe ausserhalb des autorisierten Kundenkreises. Den Aufbau der Detaillistenorganisation besorgten (nach einheitlichen qualitativen und quantitativen Selektionsanweisungen) grundsätzlich die Direkthändler. BMW bedingte sich freilich für jeden Eingliederungs- und Ausschaltungsentscheid die Zustimmung aus.[53] Von ihrer Erlaubnis abhängig war auch der Bezug von Konkurrenzwaren (Fertigprodukten und bestimmten Ersatzteilen[54]). Der Hersteller verzichtete seinerseits – mit genau ausgegrenzten Ausnahmen[55] – auf jedweden Direktabsatz an Konsumenten und sicherte dem Handel zu, ohne vorgängige Anhörung keine weiteren Absatzstellen einzusetzen und das Vertragsgebiet nicht zu verändern. Dem qualitativen Selektionsgehalt dieser Warenlaufregeln entsprachen die parallelen marketing-politischen Bindungen.[56] Dazu schuldeten die Abnehmer Vorausbestellung und umfassende Auskünfte über Geschäftsgang und Marktlage. Neben einer Warenzeichenklausel[57] waren ihnen überdies eine

52 ABl. Nr. L 29 vom 3.2.1975, 1 f.

53 Zudem war der Direkthändler gehalten, auf Verlangen des Herstellers mit den von ihm ausgesuchten Händlern zu kontrahieren.

54 Genehmigungspflichtig war der Vertrieb von Ersatzteilen anderer Marke für Händlerlieferungen sowie von BMW-Teilen mit niedrigem Qualitätsstandard.

55 Bsp.: Grossabnehmer, Behörden, Sportfahrer usw.

56 Werberichtlinien, Einrichtung und Ausstattung, Kundendienstwerkstatt und Personal, Lagerhaltung, Garantie- und Kundendienstleistungen.

57 Vorschriftsgemässe Benutzung des BMW-Warenzeichens.

Mindestabnahmevorschrift[58] sowie ein Akquisitionsverbot für fremde Vertragsrayons auferlegt.

Vorweg prüfte die Kommission die Wettbewerbswirkungen der netzweit durchgesetzten Selektionspolitik. Sie gestand zu, dass die marketing-politischen Anforderungen (insb. an Geschäftsumfang, Kundendienst, Vorrathaltung und Garantieleistungen) "objektive Qualifikationsmerkmale" enthielten. Gleichwohl führten sie "zum Ausschluss derjenigen Unternehmen, die bereit sind, BMW-Erzeugnisse zu verkaufen, sich indessen nicht verpflichten wollen, die von BMW verlangten, mit dem Vertrieb zu verbindenden zusätzlichen Leistungen zu erbringen und die vorgeschriebenen Serviceeinrichtungen zu erstellen."[59] Diese Bezugsschranken für kaufwillige Abnehmer würden weiter ausgebaut durch die Quantitativauslese. Kraft der direkten Einwirkungsmöglichkeit auf den Netzaufbau der Direkthändler reguliere BMW den Marktzutritt auf allen Absatzstufen. Die Vertriebsbindungen selber hielten sonach sämtliche nicht legitimierten Verteiler in der Gemeinschaft vom Erwerb der Vertragswaren ab. Die Konsultationspflicht bei Veränderungen der Distributionsdichte behindere Neulinge insoweit, als diesen keine Belieferung ohne Mitsprache der eingesessenen Händler offenstehe. Endlich verschliesse das beschränkte Direktverkaufsrecht all jenen Konsumenten unmittelbaren Bezug beim Produzenten, die nach der Kundenaufteilung ausschliesslich dem Handel zugewiesen seien. Als Verletzungen von *Art. 85 Abs. 1* deutete sie ferner die Bezugsklausel für Fremdwaren und das Akquisitionsverbot. Jene mache es Konkurrenzlieferanten unmöglich, sich der gebundenen Absatzstelle zu bedienen; dieses lege eine Entfaltung verkaufsfördernder Massnahmen auf fremden Marktgebieten in Fesseln. Die Kommission schrieb sämtlichen Absprachen ebenfalls die Eignung zu, spürbar den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinflussen. Nach ihrer Auffassung verminderte die Selektion die Anzahl potentieller Übergrenzlieferanten. Das Akquisitionsverbot beeinträchtige die Intensität des Warenaus-

58 Mindestbezüge in der Höhe der eingeschätzten Verkaufsmöglichkeiten.

59 A.a. O. 4 f.

tausches, weil die Werbesperre auch Endverbraucher und Händler in anderen Gemeinschaftsländern berühre. Schliesslich verletzten die Bezugsbindungen die Zwischenstaatlichkeitsklausel durch ihre weitgehende Fernhaltung ausländischer Hersteller von den deutschen BMW-Vertriebsstellen. Als europakartellrechtlich unverdächtig beurteilte sie die übrigen Bindungen. Weder die Vorschriften über werbepolitische Massnahmen[60] und über die Teilnahme an Messen und Ausstellungen[61] noch die Warenzeichenklausel[62] oder die Informations- und Vorausdispositionspflichten unterstellte sie dem sachlichen Anwendungsbereich von Art. 85 Abs. 1.[63]

Im *Freistellungstest* anerkannte die Kommission zunächst den Beitrag der qualitativen Selektion zur Verbesserung der Warenverteilung resp. -erzeugung und zur Förderung des technischen Fortschritts. Sie verwies hiebei auf den gesamten Dienstleistungskorb im Rahmen der Produkt- und Kundenbetreuung.[64] Die Quantitativauswahl rechtfertigte sie mit "der über die Übernahme reiner Vertriebsleistungen hinausgehenden ständigen Kooperation zwischen BMW und ihren Wiederverkäufern"[65] sowie mit Rationalisierungserfolgen und erzeugnisspezifischen Eigenheiten.[66] Eng mit

60 Die Kommission untersuchte (und verneinte) vor allem Missbräuche zur preispolitischen Einflussnahme.

61 Hier behielt sie sich die Entscheidung im Verfahren gegen das Bureau Permanent International des Constructeurs d'Automobiles vor.

62 Begründung: Keine Konkurrenzbeschränkungen ausserhalb der BMW zustehenden Markenrechte.

63 Eigens prüfte die Kommission (mit negativem Ergebnis), ob das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund als wirtschaftliches Pressionsmittel zur Erzwingung zweckfremder Wettbewerbsstörungen (insb. Gebietsschutz) Anwendung finde.

64 Zudem erwähnte sie die Vorzüge bei allfälligen Produktänderungskampagnen und den erleichterten Informationsfluss.

65 A.a. O. 7.

66 "Kraftfahrzeuge bedürfen einer ständigen Pflege durch dafür besonders eingerichtete Serviceunternehmen, weil es sich um ein Verbrauchsgut von begrenzter Lebensdauer, erheblichem Wert und komplexer Technik handelt, dessen Benutzung für Leben, Gesundheit und Vermögen gefährlich ist und die Umwelt belastet." (A.a. O. 7).

der Vertriebsbindungsordnung verknüpft – und daher aus den nämlichen Gründen freistellungswürdig – seien die Beschränkungen des Herstellers hinsichtlich der Absatznetzveränderung. Das Direktverkaufsverbot ermögliche eine Funktionsaufteilung im Handelskanal und rationalisiere – wie das Akquisitionsverbot – den Vertrieb durch Verstärkung und Konzentration der Absatzbemühungen. Die zufolge der Bezugsbindungen verengten Sortimente liessen eine sachkundige Beratung sowie einen verstärkten Interbrand-Wettbewerb erwarten. Bei all diesen Vorzügen des Selektivvertriebs unterstellte die Kommission auch eine angemessene Verbraucherbeteiligung. Er lasse nämlich "hinreichenden Wettbewerb auf den BMW-Handelsstufen offen, durch den ein Druck zur Weitergabe von auf Rationalisierung beruhenden Gewinnen" bestehen bleibe.[67] Die Unerlässlichkeit der einzelnen Wettbewerbsbeschränkungen bejahte sie mit folgender Begründung: Die Vertriebsbindungsordnung sei vonnöten, weil eine engere Vertikalkooperation (aus wirtschaftlichen Erwägungen) nur mit einem (quantitativ) begrenzten Abnehmerkreis sich durchspielen lasse.[68] Wer Händler zu besonderem Verkaufseinsatz anhalten wolle, müsse auch Direktverkaufs- und Akquisitionsverbote vorsehen. Gleiches gelte den (in casu verhältnismässigen) Mindestabnahmeklauseln.[69] Auf das unumgängliche Mass sei ferner die Bezugsbindung beschränkt. Sie gewähre bei sachlichen Rechtfertigungsgründen einen Anspruch auf Ausweitung des Fertigwarensortiments und lasse "hinreichend Absatzmöglichkeiten für die Anbieter von Zubehör und Teilen anderer Marken offen, ohne dass die Qualität des Service..... dadurch beeinträchtigt" werde.[70] Da BMW im Gemeinsamen Markt eine Reihe anderer Automobilhersteller konkurrenzierten

67 A.a. O. 8.

68 Im besonderen betonte die Kommission, dass den Verbrauchern das Aufsuchen freier Reparaturwerkstätten keineswegs erschwert sei, BMW also lediglich den für die eigenen Servicestellen als erforderlich erachteten Standard normiere.

69 Für angemessen wurden sie deshalb befunden, weil bei der Absatzzahlenberechnung die Verkäufe der im Ausland bezogenen Vertragswaren mitberücksichtigt wurden.

70 A.a. O. 8 f.

und genüglich intrabrand competition im Netz herrsche, fand die Kommission auch keine Möglichkeit vor, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

### 1) Goodyear/Euram

Am 19. Dezember des gleichen Jahres erging eine Freistellungsentscheidung zugunsten der nationalen *Alleinvertriebsabsprache* zwischen den Gesellschaften *Goodyear Italiana S.p.A.* und *Euram Italiana S.p.A.*[71] Die beiden Partner hatten – zuzüglich zur Absatzexklusivität – eine Bezugsbindung (betr. Konkurrenzerzeugnisse), Mindestabnahmen, herstellerische Werbekontrollrechte, eine Exportsperre für aussergemeinschaftliches Gebiet sowie ein Verbot der Akquisition jenseits der italienischen Grenzen vereinbart. In Bestätigung der bisherigen Praxis wandte die Kommission Art. *85 Abs. 1* an auf die Bezugsklausel, die – neben dem Freiheitsverlust des Händlers – vor allem (handelsbeeinträchtigende) Ausschlüsse tatsächlicher oder potentieller Lieferanten bewirke. Desgleichen erfülle die Akquisitionsbeschränkung den Verbotstatbestand, da sie auf die Wettbewerbspositionen Dritter ausstrahle, und zwar auf "die der Händler und der Verbraucher der übrigen Länder des Gemeinsamen Marktes, die sich einer Verringerung des Angebots des Vertragserzeugnisses in ihrem Land gegenüber" sähen.[72] Den Spürbarkeitsbeleg erbrachte sie für beide Abreden mit Hinweis auf die bedeutende Marktstellung des Händlers. Wie in den Vorentscheiden beurteilte sie auch das Verbot der Exporte ins EG-Ausland. Eine Behinderung des Wettbewerbs unterbleibe, sei doch kein Händler in der Gemeinschaft beim Einkauf der Vertrags- oder der Konkurrenzprodukte eingeschränkt. Hiedurch verlören auch (durch mehrfache Zwischenhandelsspannen und Zölle verteuerte) Reimporte jeden Anreiz.[73] Die übrigen Vertikalvereinba-

71 ABl. Nr. L 38 vom 12.2.1975, 10 f.

72 A.a. O. 11.

73 Dies gelte verstärkt angesichts der homogenen Preisverhältnisse.

rungen unterfielen nach (nicht näher substantiierter) Auffassung der Kommission nicht Art. 85.[74]

Das *Freistellungsattest* erteilte sie mit der für den Alleinvertrieb geläufigen Beweisführung: Die Absatzordnung stelle "eine leichtere und regelmässigere Versorgung" sicher,[75] während der ausreichende Wettbewerb die Kontrahenten zwinge, die gewonnenen Vorteile auf den Verbraucher zu überwälzen. Sowohl das Akquisitionsverbot wie die Bezugsbindung erschienen zur gewünschten Konzentration der Verkaufsanstrengungen unerlässlich. Gleichfalls sei das (produktinterne und -externe) Wettbewerbsminimum gewahrt.

### m) SABA

Mit dem europaweiten *selektiven Vertriebssystem* der *Schwarzwälder-Apparate-Bau-Anstalt August Schwer und Söhne GmbH (SABA)* war die Kommission in ihrem Entscheid vom 15. Dezember 1975 befasst.[76] Der deutsche Hersteller setzte seine Erzeugnisse der Unterhaltungselektronik in einer kooperativen 3-stufigen Distributionskette (über Alleinvertriebs-/Grosshändler und Facheinzelhändler) ab. Deren Absicherung erfolgte auf allen Marktstufen mittels einer Reihe von teils inhaltsverschiedenen, im ganzen jedoch ein in sich geschlossenes System abgebenden Vertragshandelsverträgen. Herzstück bildete die einheitliche (qualitative) Vertriebsbindungsregelung. Die selektionspolitischen Erfordernisse auf der Grosshandelsstufe betrafen die Führung eines Fachgeschäfts, die Kooperation beim Netzaufbau sowie den Kundendienst und die Beratung. SABA-Facheinzelhändler wurde nur, wer den folgenden marketing-politischen Ansprüchen genügte: Unterhalt eines Spezialgeschäftes und eines für die Werbung und Vorführung der

74 Man vermerke vor allem das Negativattest für die Alleinvertriebs- und für die Mindestabnahmeklausel.

75 A.a. O. 12.

76 ABl. Nr. L 28 vom 3.2.1976, 19 f.

Vertragserzeugnisse geeigneten Verkaufslokals, möglichst vollständige Assortierung des SABA-Programms, Lagerhaltung, Mindestumsätze, Kundendienst und Beratung (durch geschultes Personal). Jedem Händler waren Verkäufe an Netzaussenseiter untersagt.[77] Diese Vertriebsbindungen verstärkte ein wirkungsvolles Kontrollsystem.[78] Ausserdem durften keine Vertragsgüter aus dem Gemeinschaftsgebiet ausgeführt werden.[79] Die Exklusivverteiler in Belgien, Dänemark, Luxemburg und den Niederlanden unterwarfen sich einer Bezugsbindung für Fremdwaren, einem Konkurrenz- sowie einem Akquisitionsverbot, verpflichteten sich auf Mindestabnahmen und gingen Marketing-,[80] Vorausdispositions- und Informationspflichten ein. Neben ähnlichen Bindungen übernahmen die deutschen Grossisten ein (beschränktes) Direktverkaufsverbot.[81] Sämtliche Fachdetaillisten im Gemeinsamen Markt wiederum schuldeten angemessenen Warenumschlag, entsprechende Lagerhaltung, repräsentative Ausstattung sowie die herstellerdiktierten Kundendienstleistungen.[82] Noch einschneidender war die Vertikalsteuerung in den früheren – nach behördlichen Rügen revidierten – Vertragshandelsverträgen ausgestaltet, die eine Anzahl eindeutig auf Gebietsschutz angelegter Preis- und Vertriebsbindungen enthalten hatten.[83]

77 Für den deutschen Markt hatte sich SABA selber verpflichtet, die lückenlose Durchsetzung der Vertriebsregeln zu gewährleisten (qualifizierte Absatzbindung).

78 Händlerpflicht zur Überprüfung der Netzzugehörigkeit der Abnehmer, Nummernkontrolle über die Destination der Waren.

79 Freiwillig aufgegeben hatte SABA das Exportverbot für den Warenaustausch mit EFTA-Staaten nach dem Zollabbau.

80 Insb.: Werbe-, Kundendienst- und Garantievorschriften.

81 Gestattet war lediglich der Absatz an gewerbliche Letztabnehmer für den Gebrauch im Rahmen der betrieblichen Tätigkeit. Beliefert werden durften sie erst nach Unterzeichnung der entsprechenden Verwendungsbeschränkungen.

82 Jeder Händler musste auch für die Beachtung der SABA-Garantierichtlinien durch die von ihm bedienten Wiederverkäufer einstehen.

83 Generelle Ausfuhrsperre, Pflicht zur Einhaltung der inländischen Preisbindung bei Importen und Exporten, Verbot von Quer-, Rück- und Sprungverkäufen.

In ihren kartellrechtlichen Erörterungen zu *Art. 85 Abs. 1* prüfte die Kommission hauptsächlich den selektiven Vertriebsbindungskomplex. Sie sonderte dabei zwischen *allgemeinen Fachhandelsvoraussetzungen,* "die geeignet sind, den sachgerechten Absatz von Erzeugnissen der Unterhaltungselektronik zu gewährleisten",[84] und zusätzlichen Qualifikationsmerkmalen. An den ersteren wollte sie keinen Anstoss nehmen. Eine Kundenauslese nach der Fachkunde von Inhaber und Personal, nach dem Beitrag zum Netzaufbau, nach den Verkaufsräumen und nach den Kundendienstleistungen meide ersichtlich nur jene Abnehmer, die für eine konsumentenfreundliche Verteilung der Herstellererzeugnisse nicht in Frage kämen. Anders sei indessen zu entscheiden, soweit den Absatzmittlern *zusätzliche Vertriebshindernisse* auferlegt würden, vor allem wenn sie Mindestbezugs-, Sortiments- oder Lagerhaltungspflichten eingehen müssten. All diese Vorschriften bewirkten "eine starke Bindung der zugelassenen Händler an SABA" und führten "zum Ausschluss derjenigen Unternehmen, die zwar die qualitativen Zulassungsvoraussetzungen erfüllen, die aber nicht in der Lage oder bereit sind, diese Verpflichtungen zu übernehmen."[85] Die Kommission interpretierte sie in der Folge als Zuwiderhandlungen gegen Art. 85 Abs. 1.[86] Mithin hinderten sie die Vertragspartner an Verkäufen ausserhalb der autorisierten Absatzorganisation und beeinträchtigten die Wahlfreiheit geeigneter, aber nicht aufgenommener Händler. Gleichzeitig lenkten sie den zwischenstaatlichen Handel in künstliche Bahnen. Denn allen netzfremden Verteilerstellen sei "die Möglichkeit genommen, SABA-Erzeugnisse zu erwerben und in andere Mitgliedstaaten zu exportieren."[87] Ohne präzise Begründung wurden auch die Exklusivrechte in Absatz und Bezug sowie die Konkurrenz- und Akquisitionsverbote unter den Kartelltatbestand gestellt. Als eine mit Art. 85 Abs. 1

84 A.a. O. 25.

85 A.a. O. 25.

86 Das gleiche Verdikt erging gegen die das Vertriebsbindungssystem absichernden Kontrollbindungen.

87 A.a. O. 26.

verträgliche Bestimmung wertete die Kommission die Direktverkaufsregel des deutschen Grosshandels. Diese unterbinde lediglich nicht-funktionsgerechte (und daher schutzunwürdige) Konkurrenz.[88] Wie in den Entscheiden Kodak und Goodyear/Euram argumentierend[89], sprach sie zudem einem Exportverbot für das EG-Ausland die Eignung ab, das freie Marktspiel innerhalb der Gemeinschaft zu stören. Wettbewerbskonform sei ferner die Informationsbindung, solange zweckfremde Verwendung zu Preiseinflussnahme oder Gebietsabschottung sich nicht ausmachen liesse.[90]

Bei der Handhabung der *Freistellungsklausel* betonte die Kommission zunächst, dass die ausschliesslich qualitativ gehaltenen Vertriebsbindungen eine Abnehmerorganisation aufbauten, welche die für Verkauf und Betreuung der Vertragswaren notwendigen Kenntnisse und Einrichtungen verbürge. Die händlerische Vorausdisposition und Kooperation gestatte "eine genaue Produktions- und Absatzplanung und damit eine kontinuierliche Versorgung unter gleichzeitiger Rationalisierung der Fertigung und des Vertriebs."[91] Vor allem ermögliche die Mitsprache der marktnäheren Grossisten und Alleinvertreter bei der Programmgestaltung, dass die Erzeugnisse auch den Konsumentenwünschen angepasst würden. Von den Mindestumsätzen erwartete sie eine Absatzrationalisierung und eine gesteigerte Marktpflege, von den Lager- und Sortimentsweisungen grössere und breitere Warenvorräte auf allen Wirtschaftsstufen.[92] Nach Ansicht der Kommission stehen derartige Vorzüge auch unmittelbar in des Verbrauchers Interesse. Dass sie ihm auch tatsächlich zugeführt würden, veranlasse ein starker

88 Im 3-stufigen Absatzkanal stünde die Konsumentenversorgung dem Detaillisten zu. Direktvertreibender Grosshandel genösse einen nach der Funktionsaufteilung nicht gerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung.

89 Vergl. vorn 53 und 65.

90 Vor allem sei nicht schon deswegen Wettbewerb beschränkt, "weil SABA im Rahmen dieser Unterrichtung Kenntnis von allen Wettbewerbshandlungen der Alleinvertriebshändler untereinander erhält." (A.a. O. 26).

91 A.a. O. 27.

92 Zur Illustration der durch die Alleinvertriebsvereinbarungen verbesserten Warenverteilung wurde auf die Vo 67/67 verwiesen.

Hersteller- sowie ein hinlänglicher Stufenwettbewerb.[93] Ohne sie eingehender auseinanderzusetzen, wurde weiter die Unerlässlichkeit sämtlicher Absprachen bejaht.[94] Infolge der verhältnismässig schwachen Marktposition von SABA und der netzweit freigehaltenen Ein- resp. Verkäufe über die Grenze bestehe ausserdem keine Gefahr einer Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt.

n) Junghans

Erneut über europäischen *Selektivvertrieb* entschied die Kommission am 21. Dezember 1976.[95] Zu beurteilen galt es den 2-stufigen Fachhandelsabsatz des deutschen Uhrenproduzenten *Gebrüder Junghans GmbH.* Nach der Ausstreichung missbilligter Gebietsschutzklauseln[96] kennzeichnete ihn namentlich das (bloss netzexterne Lieferungen verbietende) marktstufenindifferente Vertriebsbindungssystem. Die Einzelhändlerauswahl vollzog sich alleinig nach marketing-politischen Selektionskriterien (Fachkunde des Personals[97], Ausstattung und Geschäftslokal, Sortiment, Kunden- und Reparaturdienst). Hersteller, Grossisten und Alleinvertreter übernahmen zur Absicherung des autorisierten Warenverkehrs

93 Zureichende intrabrand competition herrsche angesichts der Freiheit im netzinternen Güteraustausch und in der Preisbestimmung.

94 Erneut rief die Kommission – für Exklusivbindungen und Konkurrenz- sowie Akquisitionsverbote – die Vo 67/67 an.

95 ABl. Nr. L 30 vom 2.2.1977, 10 f.

96 Die Vertragshändlerverträge in ihrer früheren Auflage hatten ein Verbot gemeinschaftsinterner Ausfuhren, marktabschottende Preisbindungsklauseln, Quer- und Rücklieferesperren sowie eine Boykottpflicht gegenüber Warenhäusern und Verbrauchermärkten enthalten.

97 Fachkunde wies aus, wer einen (staatlichen bzw. verbandlichen) Fähigkeitsausweis erlangt oder wenigstens 3 Jahre in der Uhrenbranche gearbeitet hatte.

zusätzliche qualifizierte Absatz- resp. Vertriebsbindungen.[98] Junghans bedingte sich die entsprechenden Kontrollrechte aus und verpflichtete die Händler, ihn bei deren Ausübung zu unterstützen. Die Alleinvertriebsverträge enthielten eine Bezugsklausel für Konkurrenzwaren und ein Akquisitionsverbot. Ausserdem war die gesamte Absatzorganisation gehalten, die Vertragserzeugnisse nicht aus dem Gemeinsamen Markt auszuführen.

Für die meisten dieser Vertikalabsprachen erteilte die Kommission ein *Negativattest.* Bereits im Ingress der Entscheidung wurde festgestellt: "Sie enthalten zum grossen Teil Verpflichtungen, die entweder keine von Artikel 85 Absatz 1 erfassten Wettbewerbsbeschränkungen darstellen oder die allenfalls bei bestimmter Handhabung wettbewerbsbeschränkende Wirkungen im Sinne dieser Vorschrift entfalten können."[99] Unverkennbar in Anlehnung an die SABA-Doktrin hielt sie zumal die *selektiven Absatz- und Vertriebsbindungen* aus dem Kartellverbot heraus. Sie begründeten lediglich für die sachgerechte Uhrendistribution unerlässliche Selektionserfordernisse.[100] Damit sperrten sie nur solche Händler aus, "die nicht geeignet sind, Uhren zur Zufriedenheit der Verbraucher zu verkaufen und die mit dem Vertrieb verbundenen Service-Leistungen zu erbringen."[101] Gleiches müsse – des akzessorischen Charakters des Bindungstypus' wegen – auch für die Kontroll- und Überwachungsvereinbarungen gelten.[102] Beachtenswert ist der Befund der Kommission zum *Exportverbot bezüglich Drittstaaten:* Zwar wiederholte sie, dass es grundsätzlich Wettbewerb nur auf Fremdmärkten störe, weil die doppelte Zollbelastung Wiedereinfuhren wirtschaftlich sinnlos mache. Erstmals brachte sie aber

98 Gross- und Alleinvertriebshändler waren angewiesen, ihre Abnehmer Vertriebsbindungsklauseln signieren zu lassen, Junghans versprach, selber alle erforderlichen Behelfe zu deren Durchsetzung anzuwenden.

99 A.a. O. 13.

100 Erneut achtete die Kommission auf eine diskriminierungsfreie Handhabung.

101 A.a. O. 14.

102 Wie im SABA-Entscheid tolerierte sie die Informations- und Auskunftspflichten, da sie nicht als Gebietsschutz- oder Preisbindungsersatz missbraucht würden.

einen Vorbehalt an für den Warenaustausch innerhalb der "Grossen Freihandelszone": Ausfuhrbeschränkungen in mit der EWG freihandelsvertraglich gebundene Länder seien nur noch bis zum vollständigen Zollabbau unverdächtig.[103] In Fortführung der ständigen Spruchpraxis[104] beanstandete sie Exklusivabrede und Akquisitionsverbot, letzteres mit der aufschlussreichen Begründung, es enge die Wettbewerbsmöglichkeiten der Gebundenen "in den einzelnen Absatzgebieten wesentlich ein, weil Nachfrager, welche die in Betracht kommenden Produkte von Alleinvertriebshändlern oder Grosshändlern aus anderen Gemeinschaftsländern beziehen wollen, auf eigene Initiative angewiesen" seien.[105]

Nachdem die Kommission die übrigen wettbewerbsbeschränkenden Bindungen mit Rekurs auf die Grundsätze der Vo 67/67 für freistellungsfähig befunden hatte, blieb nurmehr zu prüfen übrig, ob das den deutschen Grossisten auferlegte gemeinschaftsweite *Akquisitionsverbot* die Normvoraussetzungen von *Art. 85 Abs. 3* erfülle. Sie anerkannte seinen Beitrag zu einer verbesserten Warenverteilung. Denn einerseits bewirke es eine Konzentration der Verkaufsanstrengungen, eine Rationalisierung im Vertrieb und eine vorteilhaftere Verbraucherversorgung im Vertragsgebiet, weil alle Aufmerksamkeit den hier domizilierten Nachfragern zu gelten habe. Andererseits würde auch die Distribution in den übrigen Gemeinschaftsländern angeregt. Zum Beleg verwies die Kommission auf die dort erst angelaufene Markteinführung. Der Einsatz der einheimischen Alleinvertriebshändler liesse nach, wenn sie der aggressiven Verkaufspolitik des ausländischen Grosshandels ausgesetzt würden. Mit der aus andern Entscheiden bekannten Argumentation bejahte sie die übrigen Freistellungsbedingungen: Ausreichende intrabrand und interbrand competition verhinderten, dass die Vorteile lediglich die Handelsspannen erhöhten. Ohne die fragliche Beschränkung liessen sich auch die Vertragsgebiete nicht vor der Akquisitionskonkurrenz abschirmen. Schliesslich bestehe

103 Stichtag: 1. Juli 1977.

104 Vergl. z.B. vorn 65.

105 A.a. O. 15.

– gerade der virtuellen Spontaneinfuhren wegen – keine Möglichkeit, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb lahmzulegen.

### o) Gerofabriek

Am 22. Dezember 1976 sprach die Kommission ein Verbot aus gegen einzelne Klauseln in den Vertragshändlerverträgen der Firma *Gerofabriek N.V.*[106] Deren inländische Verkaufsbedingungen für Holland enthielten Vorschriften, die Quer- und Ausfuhrlieferungen an die Zustimmung des Herstellers banden und den Abnehmern die Endverbraucherpreise diktierten. Die nämliche Vertikalordnung hatte sie auf dem belgischen Markt eingerichtet.

Die Kommission hielt sämtliche dieser Bestimmungen für unvereinbar mit *Art. 85 Abs. 1.* Die Querliefersperre halte andere Stufenkollegen fern und vereitle hiedurch mögliche günstigere Vertragswarenangebote.[107] Gleiche Drittwirkungen stellte sie beim Erlaubnisvorbehalt für Auslandgeschäfte fest. Er erschwere die Nachfrage- und Angebotsmöglichkeiten der in andern Mitgliedstaaten residierenden Absatzmittler und strahle auf deren potentielle Kundschaft aus. Die vertikalen Preisabreden griffen die Kalkulationsfreiheit im Netz an. Auf diese Weise vereitelten sie "die freie Preisbildung und die Weitergabe von Preisvorteilen an die Abnehmer."[108] Wegen der offenkundigen Zwecksetzung zweifelte die Kommission auch nicht an der Beeinflussung des Übergrenzhandels. Selbst bei Aufhebung der Warenlaufregeln würde die Preisbindung der zweiten Hand die natürliche Richtung der Güterströme spürbar verändern.[109]

106 ABl. Nr. L 16 vom 19.1.1977, 8 f.

107 "Ausserdem können dadurch die Wiederverkäufer, die das vollständige Warensortiment erhalten, die andern Wiederverkäufer, denen das vollständige Warensortiment nicht angeboten wird, nicht beliefern." (A.a. O. 11).

108 A.a. O. 11.

109 Spürbarkeit wurde unterstellt mit Hinweis auf die grosse Zahl der gebundenen Händler und den beträchtlichen Marktanteil des Produzenten in den Niederlanden.

Mit besonderem Nachdruck widersetzte sie sich einer *Freistellung.* Weder verbesserten die Wettbewerbsbeschränkungen die Warenerzeugung oder -verteilung noch förderten sie den technischen oder wirtschaftlichen Fortschritt. Vielmehr störten sie die Verbraucherversorgung mit den Herstellerwaren und verunmöglichten eine Beteiligung des Konsumenten an allfälligen Kostenvorteilen. Nur der Vollständigkeit halber untersuchte und verneinte sie ein Vorliegen der übrigen Rechtfertigungsbedingungen.

p) Distillers

In der Entscheidung vom 20. Dezember 1977 begutachtete die Kommission die *Verkaufs- und Preisabsprachen* des englischen Spirituosenkonzerns *The Distillers Company Limited* für den Binnenhandel.[110] Die ihr ursprünglich unterbreiteten "Seller's Conditions of Sale" noch hatten den Abnehmern jeden Export sowie den Weiterverkauf unter Zollverschluss versagt. Das Rundschreiben vom 24. Juni 1975 beschränkte die Ausfuhrsperre auf Drittländer. Darin wurden gleichzeitig neue "Price Terms" folgenden Inhalts festgesetzt: Der Produzent gestand dem englischen Zwischenhandel eine Vielzahl von Preisnachlässen, Rabatten und Abzügen zu.[111] Darauf aber hatte nur Anspruch, wer einen Verbrauch der gelieferten Menge im Vereinigten Königreich nachwies.[112] Im Verlaufe der (sehr einlässlich geführten) Untersuchungen deckte die Kommission für ein ausgewähltes Referenzerzeugnis[113] eine Spanne von 99% zwischen dem "Brutto-EWG-Exportpreis" und dem Abgabepreis an Inlandhändler auf.

110 ABl. Nr. L 50 vom 22.2.1978, 16 f.

111 Insb.: Grosshandelsnachlass ("wholesale allowance"), Gesamtmengenrabatt ("aggregate quantity rabate"), Treuerabatt ("deferred special allowance"), Barrabatt ("cash discount"), Werbenachlässe ("promotional allowances").

112 Er entfiel auch dann, wenn Abnehmer des Vertragspartners Ausfuhrgeschäfte besorgten.

113 1 Karton von 12 Flaschen Johnnie Walker Red Label.

In ihrem kartellrechtlichen Befund leuchtete sie vorab die Verkaufsbedingungen des Herstellers aus. Beide Exporthindernisse in der früheren Fassung behandelte sie als Wettbewerbsbeschränkungen nach *Art. 85 Abs. 1*. Das förmliche Ausfuhrverbot sei ureigens darauf abgestellt gewesen, englische Absatzmittler von der Teilnahme am Konkurrenzkampf in den übrigen Gemeinschaftsländern fernzuhalten. Als (indirekte) Exportschranke habe sich gleicherweise das Verbot des Weiterverkaufs unter Zollverschluss ausgewirkt, weil es von den Verteilern die Entrichtung der (den Wettbewerb jenseits der Landesgrenzen verfälschenden) britischen Warensteuer erzwungen habe. Angesichts der künstlichen produktinternen Marktaufteilung diagnostizierte sie auch eine Störung im grenzüberquerenden Handel. Mit knapper Begründung verweigerte sie die *Freistellung* der beiden Gebietsschutzabreden: Mithin seien "die Marktbedingungen und die Art der betreffenden Erzeugnisse.....nicht derart, dass eine vollständige Isolierung des Vereinigten Königreichs vom übrigen Gemeinsamen Markt zu rechtfertigen gewesen wäre."[114]

Nach der Kehrtwende der Rechtsprechung im Junghans-Entscheid interessierte natürlich das Urteil der Kommission über die revidierte, auf Drittländer beschränkte Exportregelung. Sie hielt grundsätzlich daran fest, es könne ein solches Verbot "den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes einschränken und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen, wenn beispielsweise das Niveau der Preise, der Zollgebühren und der Transportkosten für die betreffenden Waren deren Wiedereinfuhr in die EWG-Länder ermöglichen würde."[115] Der bestehenden Aussenzollsätze für Spirituosen wegen schloss sie in casu eine derartige Entwicklung freilich aus.

Eingehend prüfte die Kommission sodann die im Rundschreiben festgelegten *"Price Terms"*. Sie bejahte eine Wettbewerbshemmung im Sinne von *Art. 85 Abs. 1* bereits aufgrund der offenkundigen Zwecksetzung. Den englischen Wiederverkäufern würden Vorstösse auf ausländische Märkte unterbunden. Dies aber sei

114 A.a. O. 25.

115 A.a. O. 24.

"offensichtlich ein Versuch, Paralleleinfuhren aus dem Vereinigten Königreich nach andern EWG-Ländern zu verhindern."[116] Infolge der angedrohten Sanktionen[117] und des straffen Durchführungsmodus'[118] erweise sich die Preisstaffelung als ein noch effizienteres Mittel zur Marktabschottung als das formelle Exportverbot. Aufschlussreich ist im Kontext auch der Vermerk, die "Price Terms" zielten nicht bloss auf eine "Einschränkung", sondern auch auf eine "Verzerrung" des Wettbewerbs ab, indem sie eine Ausstrahlung der Preisvorteile vom englischen auf den kontinentaleuropäischen Markt verhinderten.[119] Wiewohl der Zwecknachweis ausgereicht hätte, zeigte die Kommission auch eine tatsächlich bewirkte Wettbewerbsstörung auf.[120] Die Verletzung der Zwischenstaatlichkeitsklausel endlich belegte sie mit den Ausfuhrhindernissen für inländische Händler und mit der dadurch provozierten Aufzonung des Gemeinsamen Marktes.

Eine Wiedererwägung für die Preisklauseln konnte aus formalen Gründen nicht erfolgen, da ihre ordnungsgemässe Anmeldung unterblieben war. Gleichwohl handelte die Kommission die materiellrechtlichen Voraussetzungen von *Art. 85 Abs. 3* ab. Der Produzent begründete seinen Antrag wie folgt:[121] Das gemeinschaftsweite Alleinvertriebssystem sorge – unter angemessener Verbraucherbeteiligung – für eine Verbesserung der Warenverteilung. Die "Price Terms" seien "Bestandteil eines globalen Handelsschemas" und zur Erwahrung der Konkurrenzfähigkeit der Exklusivhändler

116 A.a. O. 25.

117 Geldbussen für den Zuwiderhandlungsfall.

118 Der Hersteller wendete die Preisklausel als präventive Sicherungsvorkehr an. Bestand der Verdacht einer Ausfuhrabsicht, fakturierte er im voraus zu Brutto-Preisen. Dies kam nach Auffassung der Kommission "einer Strafe und einem wirksamen Ansporn zur Einhaltung der vereinbarten 'Price Terms' gleich." (A.a. O. 26).

119 Vor allem würden dem Verbraucher im Ausland diese vorteilhaften Preisberechnungen vorenthalten.

120 Insb. mit Anzeige des massiven Preisgefälles und des geschrumpften Exportvolumens.

121 Vergl. a.a. O. 22 f. und 28.

unabdingbar. Zu veranschlagen gelte es namentlich das (noch) geringe Ansehen der Vertragserzeugnisse und das zufolge Nachfragemacht künstlich niedrig gehaltene Preisniveau in England. Die Kommission stellte zunächst richtig, dass die Gegenstand eines allfälligen Freistellungsverfahrens bildenden Preisvorschriften nicht Beilage der europäischen Alleinvertriebs-, sondern der innerstaatlichen Kaufverträge seien.[122] Selbst für den Fall einer Verflechtung mit dem internationalen Exklusivvertrieb zweifelte sie an deren Unerlässlichkeit. Denn: "Spirituosen der DCL (sind) keine neuen Produkte, für die eine Einführung mit ausserordentlichen Werbeanstrengungen erforderlich wäre. Die Marktbedingungen in diesen Ländern sind nicht dergestalt, dass ein Schutz dieser Märkte gegen einen Wettbewerb seitens der, die sich im Vereinigten Königreich DCL-Spirituosen beschaffen, vonnöten wäre."[123] Sie gestand die Notwendigkeit einer Abgeltung der Verkaufsbemühungen der Alleinvertriebshändler ein. Dies könne indessen ohne Gebietsschutz erfolgen, beispielsweise durch herstellereigene Absatzförderung oder durch entsprechende Preisermässigungen.

### q) Gewürze

Am 21. Dezember 1977 befahl die Kommission der belgischen Tochter des Gewürzeproduzenten *Brooke Bond Liebig*, die festgestellte Zuwiderhandlung gegen Art. 85 Abs. 1 abzustellen.[124] Bemängelt wurden deren Vertriebsverträge, vor allem diejenigen mit den drei bedeutendsten Lebensmittel-Selbstbedienungsketten Belgiens. Sie enthielten eine (beschränkte) Bezugsbindung für Konkurrenzerzeugnisse[125] und schrieben den Händlern vor, die aufge-

122 Diese Kaufverträge könnten aber – der Exportschranken wegen – nicht direkt zu einer Verbesserung der Warenverteilung im Gemeinsamen Markt beitragen.

123 A.a. O. 28.

124 ABl. Nr. L 53 vom 24.2.1978, 20 f.

125 Gewürze anderer Provenienz durften – in beschränkter Anzahl – unter eigenem Warenzeichen verkauft werden.

druckten Preise einzuhalten[126] sowie die Vertragswaren in besonderen Ausstellungselementen zu präsentieren. Der Hersteller seinerseits versprach verschiedene Preisnachlässe[127], Kundendienstleistungen[128], Lieferung von Verkaufsförderungsmaterial und Installation der Ausstellungseinheiten.

Die Kommission unterwarf die gesamte Exklusivitätsordnung dem Kartellverbot. Sie beeinträchtige die Abnehmer in der Ausübung ihrer Lieferantenwahlfreiheit und schränke die Konkurrenz auf Herstellerstufe ein. Dies betreffe nicht nur die Bezugsklausel selber, sondern auch das sie flankierende Rabattsystem.[129] Wettbewerbsrechtlich für unbeachtlich hielt sie die Erlaubnis der Verteiler, Gewürze in begrenzter Anzahl unter Handelsmarke abzusetzen.[130] Die Spürbarkeit der Behinderung untermauerte sie namentlich mit dem ansehnlichen Marktanteil der Bindungsschuldner.[131] Verstärkt würde sie durch die bedeutende Wettbewerbsstellung von Liebig und durch die (jede Intra-brand-Konkurrenz unterbindende) Preisvorschrift. Auch Auswirkungen auf den Übergrenzhandel seien nicht zu übersehen, soweit die Bezugsvereinbarungen ausländischen Herstellern den Marktzutritt in Belgien erschwerten.

In der Rechtfertigungsfrage erkannte die Kommission vorweg die Nichtanwendbarkeit der Vo 67/67. Die Absatzverträge wiesen unzulässige Preisklauseln auf, und es fehle an der typischen verbraucherfreundlichen Ausschliesslichkeit. Ihre Einzelfreistellung fiel der unterlassenen Anmeldung wegen ausser Betracht. In materiellrechtlicher Hinsicht wurde eine Distributionsverbesserung verneint, "weil sie den Vertrieb verschiedener Gewürzmarken dort

126 Zwei der drei Grossabnehmern war ausserdem untersagt, die Preise auszuzeichnen.

127 Neben der Einräumung von Jahresschlussrabatten und Verkaufsprämien verpflichtete er sich insb. zu einer Mindestgewinngarantie.

128 Schnellversorgung als Ersatz für Händlerlager.

129 Funktional sei dieses nämlich nichts anderes als die Gegenleistung für den Exklusivbezug der Absatzmittler.

130 Zur Begründung verwies die Kommission insb. auf die Wettbewerbsbenachteiligung der händlerischen Konkurrenzprodukte (enges Sortiment, schlechterer Regalplatz).

131 Dazu unterstrich sie die zentrale Stellung der Grossraumläden im Gewürzevertrieb.

verhinder(te)n, wo er unter günstigsten Bedingungen möglich wäre, nämlich in den Selbstbedienungsläden."[132] Obendrein verwehrten die gebundenen Wiederverkaufspreise den Händlern, "ihre beträchtlichen finanziellen Vorteile aus diesen Verträgen auch nur zum Teil an die Verbraucher weiterzugeben."[133]

### r) BMW Belgium

Wiederum einen Verbotsentscheid fällte die Kommission am 23. Dezember 1977 gegen *BMW Belgium N.V.* und *belgische BMW-Vertragshändler.*[134] Er richtete sich nicht gegen das vom deutschen Automobilunternehmen auch auf dem belgischen Absatzmarkt praktizierte selektive Vertriebssystem[135] selber, sondern gegen bestimmte *ausfuhrhemmende Vorkehren* im dortigen Netz. Zugrunde lag ihm nachstehender Sachverhalt: Im Jahre 1975 registrierte der belgische Alleinimporteur BMW Belgium ein Anwachsen der Exporte von BMW-Neuwagen nach Deutschland zufolge des zwischenstaatlichen Preisgefälles.[136] Nach einem mehrmaligen Schriftenwechsel mit dem Herstellerwerk in München, in dem dieses nachdrücklich die ausnahmslos zulässigen (netzinternen) Querlieferungen und Endverbraucherverkäufe angezeigt hatte, übermittelte er den belgischen Einzelhändlern am 29. September 1975 ein Rundschreiben. Darin fand sich (nach längeren Erläuterungen) die Schlussfolgerung: "Angesichts dieser Lage gibt es nach unserer Auffassung nur eine Lösung: Kein einziger BMW-Verteiler in Belgien darf künftig noch Fahrzeuge ins Ausland oder

132 A.a. O. 25.

133 A.a. O. 26.

134 ABl. Nr. L 46 vom 17.2.1978, 33 f.

135 Darüber – und zur entsprechenden Freistellungsbescheinigung für den deutschen Markt – vorn 61 f.

136 Dieses wiederum wurzelte in der Preiskontrolle des belgischen Staates.

an Firmen verkaufen, die ins Ausland liefern."[137] Mehr als die Hälfte der Vertragshändler unterzeichnete den Text. Erst nach neuerlicher Ermahnung durch den Produzenten stellte BMW Belgium im Zirkularbrief vom 20. Februar 1976 richtig, dass untersagt nur der Absatz an nicht autorisierte ausländische Wiederverkäufer sei.

Vor den eigentlichen wettbewerbsrechtlichen Abhandlungen hatte die Kommission den Inhalt des entscheidenden Passus' im Rundschreiben vom 25. September auszulegen. Sie deutete ihn – mit Blick auf den gesamten Kontext der Begleitumstände – als generelles Ausfuhrverbot. Denn ein Kaufmann könne "bei verständiger Würdigung dieser Hinweise nur den Schluss ziehen, dass er nach dem Willen des Verfassers .....überhaupt aufhören soll zu exportieren."[138] Dass eine solche Gebietsschutzabsprache europakartellrechtlich eine Wettbewerbsbeschränkung darstelle, begründete die Kommission einmal mehr mit deren augenfälligen Zielrichtung. Nichts hange deshalb davon ab, in welchem Umfange Paralleleinfuhren abgewürgt worden seien. Ferner bestätigte sie die bisherige Spruchpraxis zu den selektiven Vertriebssystemen in der Automobilbranche, die "nur dann nach Artikel 85 Absatz 3 des EWG-Vertrages freigestellt und als unerlässliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne dieser Vorschrift angesehen" würden, "wenn sie die Freizügigkeit der Verbraucher, ihre neuen Fahrzeuge im Gemeinsamen Markt zu kaufen oder durch Vermittler kaufen zu lassen, im übrigen nicht beeinträchtigen."[139] Ungehört blieben die von den Parteien im Streitfall vorgebrachten Einwände der verhältnismässig kurzen Dauer der Ausfuhrbeschränkungen[140], der

137 A.a. O. 35. – Der "Beratende Ausschuss der belgischen BMW-Händler" doppelte nach und ordnete in einem Rundschreiben gleichen Datums apodiktisch an: "Keine Verkäufe mehr nach ausserhalb von Belgien". (A.a. O. 36).

138 A.a. O. 40.

139 A.a. O. 40.

140 "Ob eine zunächst auf unbefristete Zeit ausgerichtete Vereinbarung... verboten ist, kann nicht davon abhängen, wie lange sie Störungen des Wettbewerbsspiels tatsächlich hervorgerufen hat. Andernfalls müsste die Kommission mit ihrer Intervention warten, bis nachhaltige Störungen des Wettbewerbs eingetreten sind, was nicht Sinn eines auf präventiven Wettbewerbsschutz angelegten Verbotstatbestandes sein kann." (A.a. O. 40).

veränderten Marktverhältnisse nach Versand des Rundschreibens[141] und der wirtschaftlichen Abhängigkeit der BMW-Vertragshändler vom Alleinimporteur.[142] Nach Kommissionüberzeugung folgte die Handelsbeeinträchtigung ebenfalls aus der Natur der Exportsperre, die unmittelbar den zwischenstaatlichen Warenverkehr der Vertragserzeugnisse beschlage. Mit Berufung auf die Grundig/Consten-Doktrin erinnerte sie daran, dass "im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrages.....gerade jener Handel mit neuen BMW-Fahrzeugen schützenswert (sei), der sich auf andern als von BMW München vorgesehenen Vertriebswegen" vollziehe.[143]

2. Mitteilungen, Äusserungen von Beschwerdepunkten

a) Agfa-Gevaert

Auf den 1. Januar 1970 revidierten eine Reihe bedeutender Unternehmen der Fotobranche ihre Vertriebsbedingungen im Gemeinsamen Markt. Aufgegeben wurde zumal die eingelebte Gebietsschutz- und Preisbindungsordnung.[144] Diesem Systemwechsel vorausgegangen war ein Untersuchungsverfahren der Kommission gegen die deutsche und die belgische *Agfa-Gevaert.* In ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte kündete sie diesen an, dass sie die praktizierten Ausfuhrbeschränkungen[145] infolge der Abriegelung einzelstaatlicher Märkte als Verstösse gegen das Kartellverbot betrachte. Von besonderem Interesse ist der Befund zum vor-

141 Dass das Volumen der Parallelimporte während der "Geltungsdauer" der Ausfuhrbehinderung abgenommen habe, ändere nichts an der verpönten (unterstellungsbegründenden) Zwecksetzung.

142 Immerhin hätten 42 der 90 Adressaten des Rundschreibens Selbständigkeit bekundet und von einer Unterzeichnung Abstand gehalten.

143 A.a. O. 41.

144 Vergl. in diesem Zusammenhang auch den Entscheid Kodak (vorn 52 f.) sowie 2. Wettbewerbsbericht 56 (Adox).

145 D.h. das Exportverbot und die Bindung der Wiedereinfuhrpreise.

getragenen Rechtfertigungsgrund einer *Lückenlosigkeitsgewähr für das nationale Preisbindungssystem.* Die Kommission hielt fest, dass die Zulässigkeit von Preisbindungen in Mitgliedländern deren Durchführungs- und Absicherungsvorkehren nicht zwangsläufig aus dem Anwendungsbereich von Art. 85 Abs. 1 heraushalte. Im übrigen verneinte sie – vorab mit Hinweis auf Geltung und Marktpräsenz der Vertragswaren – die Anwendbarkeit der Freistellungsklausel. Ein formeller Entscheid konnte ausbleiben, da die Agfa-Gevaert-Unternehmen die beanstandeten Praktiken aus freien Stücken einstellten.[146]

b) Citroen

Im Brief vom 30. Juni 1972 beanstandete die Kommission *Gebietsschutzabreden* innerhalb der Distributionsordnung von *Citroen.*[147] Der französische Hersteller setzte seine Fahrzeuge und Ersatzteile in einem 2-stufigen selektiven Vertriebssystem über Tochtergesellschaften (als Exklusivimporteure) und Fachhändler resp. Kommissionäre ab. Konzernintern hatte er den Verkaufstöchtern (mündlich) Ausschliesslichkeit im Absatz zugesichert und ihnen die Unterlassung von Exportlieferungen empfohlen. Die Vertragshandelsverträge mit den nachfolgenden Marktstufen enthielten – nebst Exklusivklauseln – allesamt (in verschiedenen Formulierungen und Ausprägungen)[148] ein Verbot von Auslandgeschäften (für Neuwagen wie Ersatzteile).

Die Kommission war zunächst mit den Absprachen im *Konzerninnern* befasst. Sie negierte – in Anlehnung an Christiani/Nielsen – einen Zugriff des Kartellverbots. Des Weisungs- und Einwirkungsrechts der Mutter wegen sei anzunehmen, "dass Wettbewerb im Sinne der Art. 3 Buchst. f und Art. 85 des EWG-Vertrages zwischen diesen rechtlich zwar selbständigen, wirtschaftlich aber als

146 Vergl. Bull. 2-1970, 69 f.

147 AWD 1972, 419 f.

148 Einzelheiten a.a. O. 419.

Einheit zu betrachtenden Unternehmen nicht entstehen" könne.[149] Unzulässig seien dagegen die Ausfuhrbehinderungen der folgenden Handelsstufen. Sie verwehrten nämlich (insb. autorisierten) Absatzmittlern und Verbrauchern eine Beschaffung der Vertragswaren über die Grenze. Ein solcher Gebietsschutz könne aber nach konstanter Praxis der europäischen Wettbewerbsbehörden nicht freigestellt werden, zumal das Citroen-Vertriebssystem keinen Sondersachverhalt darstelle. Mit der bekannten Begründung lehnte sie vor allem die angemessene Verbraucherbeteiligung und die Unerlässlichkeit der räumlichen Bindungen ab.[150]

### c) Sperry Rand

Als unerlaubte Wettbewerbsstörungen wurden von der Kommission *persönliche (marktstufenspezifische) Vertriebsbindungen* der *Sperry Rand GmbH,* deutsche Tochter der Sperry Corporation, bemängelt. In ihren Preisbindungsreversen sowie ihren Lieferungs- bzw. Zahlungsbedingungen hatte diese dem gesamten deutschen Verteilernetz zu exportieren und importieren untersagt, dazu dem Grosshandel ein Direktverkaufs- und Querlieferverbot, dem Einzelhandel eine Direktlieferpflicht auferlegt. Nach Verfahrenseinleitung setzte sie sämtliche der marktisolierenden Klauseln ausser Kraft.[150a]

149 A.a. O. 420.

150 Den einzelnen Parteivorbringen antwortete sie wie folgt: Der Fall des Gebietsschutzes mindere nicht zwangsläufig die Risiko- und Investitionsbereitschaft der Händler, sondern unterstelle sie lediglich der jeweiligen Wettbewerbssituation. Die herstellerische Absatzplanung würde zwar verändert, aber kaum verunmöglicht. Citroen könne für den gesamten EG-Raum (als einheitlichen Markt) disponieren. Die Kooperation im Netz liesse sich auch durch andere Vertragsklauseln sicherstellen. Exportverbote kämen auch nicht den nationalen Zulassungsvorschriften entgegen, sondern würden deren Wettbewerbsverzerrungen zusätzlich potenzieren.

150a Vergl. Bull. 1-1974 42 und 4. Wettbewerbsbericht 76 f.

d) Constructa

In einer anderen Rechtssache schritt die Kommission gegen *kundendienstpolitische Gebietsschutzsurrogate* ein. So vereinbarten nach ihrer Intervention die beiden Unternehmen *Constructa GmbH* (als Tochter der Siemens Elektrogeräte GmbH) und *Siemens SA Brüssel,* dass letztere Serviceleistungen erbringe für "Constructa"-Elektrohaushaltmaschinen, sofern kein anderer Händler in Belgien oder Luxemburg hiezu sich bereitfinde. Erst dieses Übereinkommen verbürgte dem Konsumenten in diesen Ländern eine Kundendienstbetreuung unabhängig vom Einkaufsort.[150 b]

e) AEG-Telefunken

Auf Veranlassung der Kommission hob auch die Gesellschaft *AEG-Telefunken* die *Ausfuhrsperre* für Holland auf, die sie deutschen Händlern überbürdet hatte. In den Ausführungen wird man besonders die Zurückweisung des Einwandes beachten, die aus der Bundesrepublik importierten Erzeugnisse verletzten die *sicherheitspolizeilichen Normen* in den Niederlanden. Nach ihrer Ansicht ist nämlich "der Schutz der niederländischen Verbraucher .....insofern gewährleistet, als an sie nur Geräte verkauft werden dürfen, die den in den Niederlanden geltenden Sicherheitsvorschriften und sonstigen ähnlichen Regelungen entsprechen, d.h. Geräte, die – soweit sie nicht unmittelbar für den niederländischen Markt hergestellt werden – diesen Sicherheitsvorschriften und sonstigen Regelungen angepasst worden sind."[150 c]

150b Vergl. Bull. 7/8-1974 41 und 4. Wettbewerbsbericht 77.

150c Bull. 11-1974 39. – Vergl. auch 4. Wettbewerbsbericht 75 f., wo grundsätzlich festgehalten wird, "dass...Sicherheitsvorschriften im Bestimmungsland ein Ausfuhrverbot nicht rechtfertigen." (76).

### f) Dior/Lancôme

Als Pilottest für die gesamte Parfümeriebranche untersuchte die Kommission die Absatzorganisationen der beiden französischen Produzenten *Parfums Christian Dior* und *Lancôme.*[151] Eingewurzelt sind in diesem Wirtschaftszweig *selektive Vertriebssysteme* über Alleinvertreter und eine beschränkte Anzahl von Einzelhändlern. Nach der Aufgabe gebietsschützerischer Vereinbarungen[152] verzichtete sie auf eine Fortführung des Verfahrens. Denn nunmehr stehe jeder netzinterne Verkehr offen, was namentlich eine Angleichung der Endverbraucherpreise erwarten lasse. Im übrigen herrsche branchenweit lebhafter Inter-brand-Wettbewerb und Dior wie auch Lancôme hielten selber nur geringe Marktanteile.[153]

### g) Französische Mineralwasserfirmen

Von der Kommission hiezu aufgefordert, verzichteten die drei grössten französischen Mineralwasserfirmen, die Gruppe *Perrier-Vichy,* die *SA des eaux minérales d'Evian-les-Bains* und die *Société générale des eaux minérales de Vittel,* auf das dem inländischen Grosshandel auferlegte Exportverbot.[154] Ausserdem versprachen sie, hinkünftig für die Rückerstattung der ihm bei Ausfuhrlieferungen abverlangten (den internationalen Wettbewerb verfälschenden) Getränkesteuer besorgt zu sein.[155]

151 4. Wettbewerbsbericht 71 f.

152 Direktlieferklausel, Pflicht zum Bezug beim zuständigen Generalvertreter, Reexport- und Reimportpreisbindung.

153 Die Kommission kündigte auch eine Kontrolle darüber an, dass die Händlerselektion nicht willkürlich erfolge oder zu Gebietsschutzzwecken missbraucht werde.

154 6. Wettbewerbsbericht 93 f.

155 In Frankreich wird eine Getränkesteuer erhoben, von der ausgeführte Mineralwasser befreit sind. Legitimiert zum Antrag auf Rückerstattung sind nach dem einschlägigen Verwaltungsrecht aber alleinig die Produzenten.

h) Zanussi

Im Verfahren gegen die italienische Firma *S.p.A. Industrie A. Zanussi* bekräftigte die Kommission, dass sie keinerlei *Kundendienst- und Garantievorschriften* hinzunehmen gewillt ist, die den Übergrenzhandel beeinträchtigen.[156] Die ursprünglichen Garantiebedingungen von Zanussi schlossen Gewährleistungsansprüche aus für reexportierte oder von einem unzuständigen Lieferanten bezogene Erzeugnisse. Die Kommission unterstellte sie Art. 85 Abs. 1, weil sie "jede(n) Anreiz zur Vornahme von Paralleleinfuhren" beseitigen könnten.[157] Die revidierte Garantieordnung sorgt nunmehr für die Betreuung der Vertragswaren – unabhängig von deren Herkunft – durch die Tochtergesellschaft am Ort ihrer Verwendung.

II. Gerichtshof

1. Rochas

Dem Urteil des Gerichtshofes vom 30. Juni 1970 lag das selektive Vertriebssystem der französischen Firma Parfums Marcel Rochas (bzw. der deutschen *Parfums Marcel Rochas Vertriebs-GmbH)* zugrunde.[158] Nach den vom Oberlandesgericht Karlsruhe zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen waren lediglich formale Aspekte (insb. der Anmeldung) zu verhandeln. Eine materiellrechtliche Beurteilung der Distributionsordnung nach Art. 85 unterblieb.[159]

156 7. Wettbewerbsbericht 27. – Die Stellungnahme der Kommission ist inzwischen ausführlich motiviert worden in ihrem Entscheid Zanussi 36 f.

157 A.a. O. 27.

158 Rechtssache 1/70, Rspr. 1970, 515 f.

159 A.a. O. 522 f.

## 2. Metro

Sehr einlässlich setzte sich der Gerichtshof dagegen im Urteil vom 25. Oktober 1977 in Sachen *Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co.KG* (unterstützt vom Verband des SB-Grosshandels E.V.) gegen *Kommission der Europäischen Gemeinschaften* (unterstützt von der Firma SABA Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt August Schwer und Söhne GmbH) mit dem *Selektivvertrieb* von SABA auseinander.[160] Über die Grundzüge des Vertragswerkes wurde bereits referiert.[161] Gegen den bekannten Freistellungsentscheid der Kommission reichte Metro Klage beim Gerichtshof ein. Mit Blick auf ihre eigene Absatzleistungskonzeption (als Selbstbedienungsgrosshändlerin) rügte sie vor allem die Direktlieferregelung[162], die Mindestumsatzklausel sowie die Pflichten, einen Kooperationsvertrag zu unterzeichnen und an Aufbau und Verstärkung des Vertriebsnetzes sich zu beteiligen.

Die *Klägerin*[163] bestritt in ihrer Stellungnahme, dass die Absatzordnung von SABA die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 erfüllten. Sie bewirke eine *Zementierung des Preisgefüges,* was eine Beteiligung des (vorrangig an Preiswettbewerb interessierten) Verbrauchers verunmögliche. Zur Sicherstellung der Kundendienstversorgung hätte ausserdem der Nachweis einer betreuungsbereiten Vertragswerkstatt ausgereicht. Unnötig sei es, das Netz weitere Kooperationsbindungen eingehen zu lassen. Schliesslich erschiene auch das unterstellte Wettbewerbsminimum nicht gewahrt, weil die (zu strenge) Qualitativselektion die konkurrenzwirksamen Selbstbedienungsgrossisten und die Kleinhändler ausschliesse.

160 Rechtssache 26/76, Rspr. 1977, 1875 f.

161 Vergl. vorn 66 f.

162 Insb. das dem Grosshandel auferlegte Verbot, an "Institutionen" als Endverbraucher zu verkaufen sowie die Modalitäten und Kontrollen bei der Belieferung von gewerblichen Letztabnehmern (Nachweis, dass das Vertragserzeugnis dem gewerblichen Zweck des Betriebs diene; Unterzeichnung einer Verpflichtungserklärung).

163 Die nachstehende Zusammenfassung der Äusserungen von Parteien und Gerichtshof beschränkt sich auf die im Kontext unmittelbar interessierenden Streitpunkte.

In der Klageantwort verwies die *Kommission* auf ihre bisherige Rechtsprechung über den Selektivvertrieb, nach der Fachhandelsbindungen nicht gegen Art. 85 Abs. 1 verstiessen, die weitergehenden Verpflichtungen allenfalls freistellungsfähig nach Abs. 3 seien. Gerade der Rechtfertigungsentscheid stelle aber im letzten (schwer überprüfbare) Individualwertung wirtschaftlicher Gegebenheiten dar. In der Sache selber hielt sie fest, dass das Absatzsystem von SABA – nach Fall des Gebietsschutzes – offen gehalten sei und den Verteilern (eingeschlossen dem Selbstbedienungsgrosshandel) keine übermässigen Zutrittsschranken aufbaue. Dem Vorwurf der Preisstarrheit begegnete sie mit dem Hinweis auf erhebliche Preisdifferenzen im Gesamtgebiet der Bundesrepublik. Die in den Kooperationsverträgen vorgesehene Mindestabnahmepflicht in Sonderheit gewährleiste eine kontinuierliche Vertragswarenversorgung, rationalisiere den Vertrieb und intensiviere die Marktbearbeitung. Die Direktlieferbeschränkung rechtfertigte sie mit der grundsätzlich schützenswerten Funktionsaufteilung im Vertriebskanal. Die (angemessenen) Kontrollvorkehren dienten lediglich deren Absicherung und seien im übrigen auch für die Klägerin praktikabel. Schliesslich verstärke die gesamte Vertikalintervention des Herstellers den Inter-brand-Wettbewerb (unter Aufrechterhaltung ausreichender produktinterner Konkurrenz).

All dem hielt die *Klägerin* entgegen, die Kommission verkenne den wahren – nämlich preispolitischen – Gehalt der Qualitativauslese. Unangebracht sei auch das Wettbewerbsförderungsargument. Die begrenzte Ausweichbereitschaft des Konsumenten zwinge den Händler zur Anlegung vollständiger Sortimente, im besonderen auch zur Führung der hochwertigen SABA-Produkte. Sie widersetzte sich ferner dem von der Kommission für den Preisvergleich ausgezogenen räumlich relevanten Markt. Entscheidend seien die oligopol-ähnlichen Preisangleichungen in den örtlichen Teilmärkten, die im faktischen Ausschluss preisaggressiver Kunden wurzelten. Dieser Preiswirkungen und der fehlenden objektiven Beratung durch das SABA-Netz wegen liessen sich Verbrauchervorteile nicht erkennen. Zudem veranschlage die angegriffene Entscheidung nicht die branchenweite Bündelung solcher Wettbewerbsbeschränkungen.

Die *Kommission* bekräftigte draufhin im wesentlichen ihre Ausführungen, wonach die Selektionspolitik und die vorgesehenen

Überwachungsmassnahmen weder den klägerischen Handelsbetrieb noch Kleinunternehmen vom Bezug fernhielten. Sie wiederholte die Vorzüge der engen Vertikalkooperation, die eine Anpassung des Leistungsprogramms an die Konsumentenwünsche ermögliche und den produktexternen Wettbewerb anfache. In der Frage des Preisvergleichs kritisierte sie die von der Klägerin vollzogene Ausmarchung enger Lokalmärkte. Sie erinnerte weiter daran, dass angeglichene Preise auch Ausfluss nivellierter Kostenstrukturen oder eines intensiven Konkurrenzkampfes sein könnten.

Der als Streithelfer zugelassene *Verband des SB-Grosshandels* stellte ebenfalls einen De-facto-Ausschluss der Selbstbedienungsgrossisten fest. Namentlich hielt er der Kommission eine Fehlinterpretation des *Schutzobjekts* von Art. 85 vor, der die Wettbewerbsfreiheit im Dienste des Verbrauchers anstrebe und nicht die partikulare Interessenwahrung einer bestimmten Hersteller-Händler-Beziehung. Zu den Vertragshandelspflichten führte er im einzelnen aus: Der befohlene Überwachungsaufwand kompliziere den Geschäftsverkehr in einer Weise, die die Rationalisierungsvorteile des Selbstbedienungsprinzips zunichte mache. Die Kooperationsorder vereitle dem Handel die Wahrnehmung seiner ureigensten Funktion, nämlich die Vermittlung preisgünstiger Konsumentenangebote. Selektivvertrieb teile allenthalben die Märkte auf und fördere die Bildung lokaler Monopole.

Mit abermaliger Berufung auf die Verbrauchervorzüge verwahrte sich die *Kommission* gegen den Anwurf der Verkennung des Schutzzwecks von Art. 85. Vielmehr sei – gerade für den Markt der technischen Problemgüter – herauszustellen, dass der Preis nicht den alleinigen Bewertungsmassstab abgebe. Berücksichtigung verdienten gleicherweise Kundendienstleistungen, grosszügige Warenvorräte, Vertriebsrationalisierung usw. Hinsichtlich der Kontrollmassnahmen überschätze der Verband den administrativen Mehraufwand. Nicht halten liesse sich ferner die Einwendung lokaler Monopolisierung. Die Abnahme- und Lagerhaltungsklauseln seien mithin keine Bezugsbindungssurrogate, was die breiten Sortimente der SABA-Grosshändler belegten.

In seinen Schlussanträgen schloss sich *Generalanwalt* REISCHL weithin der Kommissionsüberzeugung an. Zunächst bestätigte er, dass die Auferlegung von Fachhandelsbindungen keinen Wettbewerb im Sinne von Art. 85 Abs. 1 beschränke. Näm-

liches müsse für die Kontrollvorschriften gelten. Der von der Klägerin vorgebrachte Verdrängungseffekt für den Selbstbedienungsgrosshandel sei nicht erkennbar, zumal dieser selber (zur Abhaltung von privaten Endverbrauchern) die Legitimation jedes einzelnen Kunden überprüfen müsse. Im weiteren sprach er der Liefersperre für institutionelle Grossabnehmer die Eignung ab, spürbar den relevanten Markt zu beeinflussen. Ausführlicher setzte sich der Generalanwalt mit den Beschränkungen im Absatz an gewerbliche Endverbraucher auseinander. Hiebei hielt er der Vertriebsordnung von SABA zugute, klar zwischen den Funktionen von Gross- und Einzelhandel zu sondern. Ersterer erbringe eigenständige Absatzförderungsleistungen, die mit höheren Gewinnspannen abgegolten würden. Verfliesse nunmehr die Grenzlinie zwischen den beiden Marktstufen, stellten sich Verbraucherdiskriminierungen und Wettbewerbsverfälschungen ein. Daher sei das zur Bewahrung der Aufgabentrennung im Distributionsweg vorgeschriebene Kontrollsystem nicht zu beanstanden. Hinsichtlich der übrigen Vertragshandelsbindungen (Vorausdisposition, Mindestumsätze, Sortiment) unterstrich der Generalanwalt deren grosszügige Handhabung durch den Hersteller. Dazu legten sie einen absatzwirtschaftlichen Leistungsstandard fest, den auch kleine Verteiler und Selbstbedienungsgrossisten zu erfüllen befähigt seien. Selbst bei Ausscheiden der letzteren verhindere die Zahl der autorisierten Händler fühlbare Wettbewerbsverluste. Er folgte auch in der Diagnose der Verbraucherbeteiligung der Kommission. In der Tat führe der Selektivvertrieb zu einer sinnvollen Produktionsplanung und zu einer Verbesserung der Verteilung. Daneben vertrat er die Auffassung, die Beklagte habe die branchenweite Usanz der Absatzbeschränkungen hinlänglich berücksichtigt und werde deren Entwicklung auch hinkünftig aufmerksam verfolgen. Gerade die Häufung solcher Vertriebssysteme lasse eine Verstärkung der produktexternen Konkurrenz erwarten. Der klägerischen Rüge des beseitigten Preiswettbewerbs hielt er entgegen, dass in Art. 85 Abs. 3 auch der (im Wirtschaftszweig der Unterhaltungselektronik vorhandene) Inter-brand-Wettbewerb zu veranschlagen sei. Weil SABA auf Preiseinwirkungen verzichte und jeden netzinternen Warenaustausch offenhalte, sei ausserdem eine ausreichende Intrabrand-Konkurrenz gesichert.

An den Anfang seiner Erläuterungen über Art. 85[164] stellte der *Gerichtshof* einige höchst beachtliche wettbewerbspolitische Vermerke zum Selektivvertrieb. Zwar setze der EWG-Vertrag "das Vorhandensein eines wirksamen Wettbewerbs (workable competition) auf dem Markt voraus."[165] Dennoch lasse er in Art und Intensität *verschiedene Spielformen* zu, gestatte mithin (gerade im Bereich der langlebigen technischen Problemgüter) die Existenz andersartiger, auf die jeweiligen Verbrauchergruppen zugeschnittener Absatzwege. In diesem Licht sanktionierte er die Grundsatzdoktrin der Kommission, "dass selektive Vertriebssysteme ein mit Artikel 85 Absatz 1 vereinbarer Bestandteil des Wettbewerbs sind, sofern die Auswahl der Wiederverkäufer aufgrund objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art erfolgt, die sich auf die fachliche Eignung des Wiederverkäufers, seines Personals und seiner sachlichen Ausstattung beziehen, und sofern diese Voraussetzungen einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet werden."[166] Dem stehe auch nicht die dieser Absatzmethode wesenseigene Eindämmung der Preiskonkurrenz entgegen. Denn trotz seines unbestrittenen Stellenwertes sei *Preiswettbewerb* "nicht die einzige wirksame Form des Wettbewerbs und auch nicht diejenige, die unter allen Umständen absoluten Vorrang erhalten müsste."[167] Die Absicherung eines bestimmten, den Fortbestand des Selektivvertriebs garantierenden Preisniveaus für Fachgross- und -einzelhandel erweise sich daher als durchaus zielkonform, zumal wenn sie die

164 Vorgängig war eine von der Klägerin behauptete marktbeherrschende Stellung von SABA – unter Berufung auf den unbedeutenden Marktanteil – verneint worden. In Sonderheit lehnte der Gerichtshof den Einwand von Sortimentszwängen infolge ausgeprägter Käuferpräferenzen ab. "Der Umstand, dass die Qualität des in Rede stehenden Erzeugnisses die Händler nötigt, es in ihr Warenangebot aufzunehmen, gestattet für sich genommen dem Hersteller nicht, bei seinem Verhalten in erheblichem Umfang von dem Verhalten seiner Wettbewerber abzusehen, und kann ihm folglich keine beherrschende Stellung sichern". (A.a. O. 1904).

165 A.a. O. 1905.

166 A.a. O. 1905.

167 A.a. O. 1906.

nicht-pretiale Konkurrenz fördere. In der Branche der Unterhaltungselektronik jedenfalls sei – angesichts der wirksamen interbrand competition und der produktinternen Konkurrenz in bestimmten Unterformen – genügender Wettbewerb gewährleistet.

Von den gerügten Vertragshandelsabreden begutachtete der Gerichtshof zunächst die *Überwachungspflichten.* Nach ihm entscheidet allemal ihre Akzessorietät im Verhältnis zu den abzusichernden Warenlaufbindungen.[168] Soweit die Kontrollvereinbarung bloss eine wettbewerbskonforme Qualitativauslese (im vorgenannten Sinn) abdecke, falle sie nicht unter Art. 85 Abs. 1. Anderes gelte für die Durchsetzung einschneidenderer Verpflichtungen. Im Befund über das *Sprunglieferverbot* an institutionelle Endverbraucher folgte er den Kommissionsausführungen, wonach die Funktionsaufgliederung zwischen Gross- und Einzelhandel Wettbewerbsverzerrungen entgegentrete. Vor allem widersetzte er sich der klägerischen Anrufung von Art. 2 der Richtlinie des Rats vom 25. Februar 1964, die lediglich Fragen der Niederlassungsfreiheit und des Dienstleistungsverkehrs, nicht aber solche des Wettbewerbsrechts regle. Ebenfalls mit Blick auf die zulässige Aufgabenverteilung im 2-stufigen Selektivvertrieb rechtfertigte er das Verbot von Verkäufen an gewerbliche Endverbraucher zur Deckung privaten Bedarfs. Man müsse im gleichen Zuge aber auch die entsprechenden Überwachungsbindungen des Herstellers dulden, die obendrein den Selbstbedienungsgrosshandel nicht in massgeblicher Weise behinderten.[169]

Mit besonderer Aufmerksamkeit untersuchte der Gerichtshof die in den Kooperationsverträgen enthaltenen Händlerbindungen. Keinen Verstoss gegen das Kartellverbot stellte er für die Pflicht zur *Führung einer Fachabteilung* fest, welche lediglich einen "Verkauf dieser Erzeugnisse in angemessener Weise" gewährleiste.[170]

168 "Solange die im Rahmen der Überwachung übernommenen Verpflichtungen nicht über das verfolgte Ziel hinausgehen, können sie nicht schon für sich genommen eine Beschränkung des Wettbewerbs darstellen, sondern ergänzen lediglich die Hauptpflicht, deren Einhaltung sie sichern helfen." (A.a. O. 1908).

169 Wie der Generalanwalt deutete der Gerichtshof auf die ohnehin in Cash and Carry-Betrieben erforderlichen Kontrollvorkehren hin.

170 A.a. O. 1913.

Die *übrigen Klauseln* (Netzaufbau, Vorausdisposition und Mindestabnahmen, Lagerhaltung) dagegen überdehnten den Rahmen eines qualitativ orientierten Selektivvertriebs. Sie unterfielen Art. 85 Abs. 1, da sie die Abnehmer stark an den Produzenten bänden und zur Ausschaltung derjenigen führten, die – trotz objektiver Vertriebstauglichkeit – zur Eingehung der Zusatzverpflichtungen nicht fähig oder willig seien.[171] Für sämtliche von ihnen bestätigte er aber das Freistellungsattest der Kommission. Sie ermöglichten nämlich eine gewisse Beständigkeit in der Versorgung mit den Vertragswaren, die Anpassung der Produktion an die wechselnden Marktbedürfnisse sowie eine breite Sortierung und Auswahl auf der Grossistenstufe. Neben diesen geläufigen Rechtfertigungsgründen fällt in diesem Zusammenhang der Rekurs des Gerichtshofes auf das beschäftigungspolitische Argument auf. Der Abschluss von Lieferverträgen für einen angemessenen Zeitraum stelle ein "stabilisierendes Element für die Erhaltung von Arbeitsplätzen dar, die unter dem Gesichtspunkt der Verbesserung der allgemeinen Bedingungen der Warenerzeugung gerade unter den Voraussetzungen einer ungünstigen Wirtschaftskonjunktur zu den Zielen gehör(e), die Artikel 85 Absatz 3 zu verfolgen" gestatte.[172] Auch die Unerlässlichkeit und die Verbraucherbeteiligung zog er nicht in Zweifel. Letztere belegte er mit der regelmässigen Versorgung, gleichviel, ob der von der Kommission unterstellte Wettbewerbsdruck zur Weitergabe der Rationalisierungsgewinne hinreiche. Endlich sah er (zur Zeit) keine Gefahr einer völligen Beseitigung des Wettbewerbs. Freilich: "Die Dinge könnten anders liegen, wenn die Selbstbedienungsgrosshändler – insbesondere durch eine Vermehrung der

171 Im Gegensatz zur Kommission wendete er das Verbot von Art. 85 Abs. 1 auch auf die Pflicht zu Aufbau und Verstärkung des Vertriebsnetzes an. Deren Auffassung hielt er entgegen: Sie "verkennt die Tragweite dieser Bestimmung, denn Aufgabe eines Grosshändlers ist nicht die Förderung der Produktion dieses oder jenes Herstellers, sondern die Sicherung der Versorgung des Einzelhandels unter Ausnutzung des Wettbewerbs zwischen den Herstellern; Verpflichtungen eines Grosshändlers, die seine Freiheit insoweit begrenzen, sind deshalb Beschränkungen des Wettbewerbs." (A.a. O. 1914).

172 A.a. O. 1915.

selektiven Vertriebsnetze ähnlichen Inhalts wie das von SABA – tatsächlich als Händler im Bereich der Unterhaltungselektronik ausgeschlossen würden."[173]

173 A.a. O. 1917.

## 2. Abschnitt:

## Der selektive Vertrieb und die einzelnen Tatbestandselemente von Art. 85

## Vorbemerkung: Der Untersuchungsmodus

Der nun anstehenden Erörterung der EG-kartellrechtlichen Tatbestandsmerkmale ist eine methodologische Notiz vorauszuschicken. Bekanntermassen stellt selektiver Vertrieb kein uniformes Absatzgeschehen dar. Sein Vertragswerk zerfällt in eine bunte Vielheit von Teilabsprachen.[1] Deshalb sind der wettbewerbsrechtlichen Diagnose die ausgesonderten Vertragsbestandteile zugrunde zu legen.[2] Erst ein solcher *Einzelklauseltest* schlüsselt sauber die Konkurrenzstörungen auf und gestattet in der Folge ein ausgewogenes wettbewerbspolitisches Urteil.[3] Auch gehorcht er der Maxime der Verhältnismässigkeit, die Schonung jener Vertragsteile gebietet, die freier Konkurrenz nicht entgegenstehen. Denn "Vereinbarungen sind nur nichtig, soweit sie gegen Art. 85 Abs. 1 verstossen."[4] [5]

Diese Klauselprüfung kann freilich nicht ausreichen. Ihr ist im praktischen Einzelfall eine *Gesamtfolgenschau* an die Seite zu

1 Darüber ausführlich vorn Bd. 1, 162 f.

2 Vergl. auch SCHLUEP (AVV I, 166), der sich "eine Differenzierung nach der Art der wettbewerbsbeschränkenden Klauseln" – mit Rekurs auf die Rechtsnatur des gemischten Vertrages – wünscht. – Gl.M. offensichtlich SCHWANKE 185 f. und SANDROCK, Grundbegriffe, 505; für das französische Recht BELKE, Geschäftsverweigerung, 232, für das US-amerikanische SCHULTE-MÄTER 34 f. – Gegen eine Einzelklauselbetrachtung KLEEMANN, Ausschliesslichkeitsverträge, 1632.

3 Hier ist in der Tat der gegen den Gerichtshof i.S. Grundig/Consten erhobene Anwurf nicht unberechtigt, das fragliche Vertriebssystem zu wenig in seine Einzelteile zerlegt und ausschliesslich im Blickfang des Gebietsschutzes judiziert zu haben. (Vergl. DERINGER, AVV mit Gebietsschutz, 126, MAILÄNDER, AVV, 842 und DERINGER/TESSIN, Grundig/Consten, 332; zum Problem ferner GLEISS, Urteile, 174) – Die neuere Kommissionspraxis zeigt freilich auffallendes Bemühen, zur Ausleuchtung der einzelnen Vertragsklausel zurückzufinden. (Vergl. statt vieler die "leading cases" zum selektiven Vertrieb; Omega, BMW, SABA und Junghans).

4 MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 572.

5 Wer also vom Grundsatz der Teilnichtigkeit integraler Absprachen nach dem Wettbewerbsbeschränkungsgehalt ihrer Bestandteile ausgeht, unterliegt dem Zwang, eben diese Bestandteile präzise auszukunden. (Vergl. auch hinten 111 f.).

stellen.[6] Dazu mahnt schon die Erkenntnis, dass die Teilübereinkommen – gerade was ihr wettbewerbsbeschränkender Gehalt betrifft – funktional aufeinander ausgerichtet sind.[7] Belangvoller als diese absatzwirtschaftliche "Interdependenz der Ordnungen" (EUCKEN) ist die Tatsache, dass die "Gesamtstörung" eines Vertriebssystems die Summe der "Partialstörungen" übertreffen kann. Denn die Wettbewerbsschäden der einen Klausel können durch diejenigen der andern potenziert werden. Einzelne Vertriebsabsprachen gefährden überhaupt erst im Verbund mit weiteren das Marktspiel. Fernerhin bedenke man, dass nicht jede Konkurrenzbeschränkung sich mühelos einer ausgrenzbaren Teilabmachung zuordnen lässt, sondern im Schatten des alles überdachenden Vertragswerkes gedeiht. Die Konkurrenzstörungen werden nur in einer ganzheitlichen Betrachtung aufgedeckt.[8] [9]

6 Vergl. WINKEL 207 und 221, HOOTZ, SABA, 172 sowie die Entscheide Omega 22 und Grundig/Consten 391.

7 Hierüber die Kommission: "Um diese Vereinbarungen im Hinblick auf Art. 85 einwandfrei beurteilen zu können, ist es erforderlich, sie gleichzeitig und in ihrer Gesamtwirkung in Betracht zu ziehen, da sie insgesamt ein homogenes Vertriebssystem bilden." (Omega 22) – Gleichsinnig wohl SCHMITT, Schwerpunkte, 101.

8 Vergl. auch BELKE, Geschäftsverweigerung, 232.

9 Die nachstehenden theoretischen Untersuchungen widmen sich allerdings vowiegend den einzelnen Vertragsbestandteilen, weil sie nicht ein vorgefasstes (idealtypisches) Vertriebssystem zum Gegenstand haben. Nur der Rechtsanwender kann im Einzelfall die ihm hier und jetzt zur Entscheidung vorgelegte Absatzordnung einer Globalwürdigung unterziehen.

## § 4 Vereinbarungen zwischen Unternehmen

### I. Unternehmen

Art. 85 ist an die *"Unternehmen"* gerichtet.[1] Dieser soziologische Grundsachverhalt des Unternehmens bereitet der Jurisprudenz mancherlei Mühen[2], zumal der "verschiedenen normativen Funktionen des Begriffs" wegen: hier "Zurechnungseinheit für bestimmte Handlungen", dort "Inbegriff der so zugerechneten Tätigkeit".[3] In Art. 85 Abs. 1 nun sticht er unmissverständlich den *persönlichen Geltungsbereich* der Kartellregeln aus.[4] Er kann zu diesem Zwecke nur weit gedeutet werden[5], darf doch Wettbewerbssicherung nicht an einem vorzeitig eingeengten Adressatenkreis scheitern. Mit Bezug auf das massgebliche Begriffsverständnis debattiert man vornehmlich um den Gegensatz zwischen juristischer bzw. wirtschaftlicher Betrachtungsweise. Zur ersteren hat sich der Gerichtshof im viel gerügten (montanrechtlichen) Schrottурteil bekannt.[6] Daran ist immerhin soviel wahr, dass Unterneh-

1 Im Gegensatz zum Montanvertrag (Art. 80) wird dieser Unternehmensbegriff im EWGV nirgendwo ausdefiniert.

2 Über die rechtliche Problematisierung des Unternehmensbegriffes (für alle) SCHLUEP W.R., Mitbestimmung ?, Aktienrechtlicher Ursprung und unternehmensrechtliche Problematik beteiligungsfreier Mitbestimmung, Zürich 1971, 8 f.

3 MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 194; vergl. auch ders., Unternehmenskonzentration, 754 und BAROUNOS/HALL/JAMES 22. – Zu den verschiedenen Funktionen insb. ULMER P., Der Unternehmensbegriff im Vertrag der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Heidelberg 1960.

4 Zur Funktion dieses Tatbestandsmerkmals MESTMÄCKER, Unternehmenskonzentration, 754 und ders., Wettbewerbsrecht, 195.

5 Gl.M. CUNNINGHAM, Competition Law, 47, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 64 und MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 195; exemplarisch die weitgefasste Definition bei EMMERICH, Auslegung, 306.

6 "Das Unternehmen stellt sich als eine einheitliche, einem selbständigen Rechtssubjekt zugeordnete Zusammenfassung personeller, materieller und immaterieller Faktoren dar, mit welcher auf die Dauer ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Gemäss dieser Begriffsbestimmung führt die Bildung eines neuen Rechtssub-

merqualität im wettbewerbsrechtlichen Sinne (wenigstens) Rechtspersönlichkeit voraussetzt.[7] Allerdings darf die Auslegung nicht in dieser zivilistischen Formel stecken bleiben. Für den Zugriff von Art. 85 sind allemal auch jene Merkmale zu fordern, die den Rechtsträger erst zum eigentlichen Wettbewerber stempeln, nämlich *wirtschaftliche* Selbständigkeit und Dispositionsfreiheit.[8]

Der solcherweise weit gezogene persönliche Geltungsbereich hat der Spruchpraxis zur vertikalen Intervention kaum Probleme zugetragen.[9] Teils hat sie die Unternehmereigenschaft – für Erzeuger wie für Händler[10] – stillschweigend unterstellt, teils sie (ohne nähere Begründung) ausdrücklich bejaht.[11] Zwei Sonderformen der Vertriebsgestaltung bleiben unter diesem Tatbestandselement deshalb allein zu erörtern: die konzerninterne Vertikalbeschränkung und der Absatz über Handelsvertreter.

jektes im Bereich des Wirtschaftslebens stets zur Entstehung eines eigenständigen Unternehmens..... Schon die blosse Tatsache der Entstehung einer eigenständigen juristischen Person bewirkt infolgedessen, dass die Rechtsordnung dieser eine förmliche Autonomie und eine Eigenverantwortung zuerkennt." (Rspr. VIII, 687).

7 Rechtssubjektivität ist Voraussetzung für den Abschluss der (verbotenen) Verträge und für die Adressierung kartellverwaltungsrechtlicher Hoheitsakte. (Vergl. WOHLFAHRTH/EVERLING/GLAESNER/SPRUNG, Rn. 1 zu Art. 85, IPSEN 618, BLECKMANN 299, WILLEMSEN 186, EMMERICH, Auslegung, 306, LEO 16 f., MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 195 und ders., Unternehmenskonzentration, 754; a.M. neuerdings GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 64).

8 Vergl. die weiteren Ausführungen über den Konzern in Ziff. 1.

9 Für den Unternehmensbegriff im allgemeinen WILLEMSEN 185, EMMERICH, Auslegung, 306 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 63 f.

10 Während die Unternehmenseigenschaft des Herstellers nirgendwo angezweifelt wurde, sind immerhin Versuche zu vermerken, sie dem Händler abzusprechen. (So – mit Ruf nach Gleichstellung von Agentur- und Vertragshandelsvertrag – NEUMANN, Handelsvertreterverträge, 1495 f. und HELLMANN/PFEIFFER 245 f.; zu Recht dagegen KOENIGS, Italienische Republik, 345, MAILÄNDER, AVV, 842, SCHRÖTER 113, SCHLIEDER, Vertikale Kooperation, 137 f., DERINGER, AVV, 1588, SCHWANKE 151 f., HAGENAUER 146, KIRSCHSTEIN, AVV, 778 sowie Grundig/Consten 387 f.).

11 Vergl. die Entscheide Gerofabriek 10, Theal/Watts 23, Kawasaki 14, Arthur Bell 16, Teacher 21, Distillers 23 und BMW Belgium 39.

## 1. Konzerninterne Vertriebsbeschränkungen

Auf erstes Hinsehen lässt sich die EWG-kartellrechtliche Problematik der konzerninternen Wettbewerbsbeschränkungen[12] in Art. 85 über zwei Titel abhandeln: über denjenigen der "Wettbewerbsbeschränkung" oder denjenigen des "Unternehmens".[13] Wie man weiss, hat die Kommission (im Entscheid *Christiani/Nielsen)* eine Mutter-Tochter-Übereinkunft mit dem Argument von Art. 85 ferngehalten, es fehle zwischen den beiden ein mögliches Konkurrenzverhältnis. Inexistenter Wettbewerb aber könne schlechterdings nicht beschränkt werden.[14] Diese Lehre vom "untauglichen Versuch am untauglichen Objekt" geht indessen von einer verfehlten Zielformel aus, indem sie den geschützten Wettbewerb axiomatisch auf die Konkurrenz zwischen den Parteien begrenzt.[15] Hier verstrickt sich die Kommission mit ihrer eigenen Praxis in Widersprüche.[16] Auf Konzernsachverhalte umgedeutet: Jede Vereinbarung im Vertikalkonzern müsste Art. 85 – im Gegensatz zu derje-

12 Zur grundsätzlichen Problemstellung vor allem HARMS, Konzerne, 1 f., ders., Intra enterprice conspiracy, Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Auslegung der Art. 85 EWGV und 65 EGKSV, EuR 1966, 23 f. und HUBER U., Zur kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einheitlicher Leitung im Sinn des § 18 AktG, ZHR 1968, 193 f.

13 Vergl. die Übersicht über die einzelnen Subsumtionsversuche bei HARMS, Konzerne, 40 f.

14 Christiani/Nielsen 14; ebenso Citroen 419 f.

15 "Die Anwendbarkeit von Art. 85 Abs. 1 des Vertrages setzt jedoch voraus, dass zwischen den fraglichen Unternehmen Wettbewerb besteht, der eingeschränkt werden könnte." (Christiani/Nielsen 14) Einen solchen irrigen Wettbewerbsbegriff unterlegt offenbar auch ein Teil des Schrifttums, das den Konzern gänzlich von Art. 85 fernhalten will. (Vergl. etwa GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 103 und LEO 39 f.; gl.M. wohl FORRESTER 7).

16 Strikte durchgehalten würde ein derartiger Wettbewerbsbegriff zur kartellrechtlichen Abstinenz gegenüber Vertikalbeschränkungen hinführen, weil diese begriffsmässig keine Konkurrenz zwischen Vertragsgenossen berühren. (Vergl. vorn Bd. 1, 249 f.) Ausserhalb von Konzerntatbeständen haben dies die Wettbewerbsbehörden vorbehaltlos anerkannt und jede Ausprägung der Konkurrenz – also auch diejenige mit Dritten – in Obhut genommen (Ausführlich über den geschützten Wettbewerb vorn 34 f.).

nigen im Horizontalkonzern per definitionem – entrinnen, weil Konkurrenz zwischen der Mutter und der (andersstufigen) Tochter nie stattfinden kann. Eine solche wettbewerbspolitische Folgerung steht dieser Bestimmung ersichtlich zuwider.[17] [18]

Was sonach der Anknüpfungspunkt der "Wettbewerbsbeschränkung" nicht zu leisten vermag, muss der des *"Unternehmens"* vollbringen. Allein dieser Begriff des persönlichen Geltungsbereichs ist befähigt, die Grenzlinien des Zugriffs auf konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen – zumal auf vertikale – auszuziehen.[19] Dass er zunächst in jedem Fall Rechtsträgerschaft voraussetzt, wurde bereits aufgezeigt.[20] Nicht minder sinnfällig erscheint das Erfordernis einer *wirtschaftlichen Selbständigkeit.*[21] Denn "Unternehmer" im Sinne der Kartellregeln ist nur, wer sich am Wettbewerb zu beteiligen imstande ist. Konkurrenzkämpfe vermag aber nur derjenige auszutragen, der die Schlachtpläne eigenverantwortlich und frei aushecken kann.

17 Kritik wie hier bei BLECKMANN 300, BENEDICT 170, MARKERT, Béguelin/Marbach, 166 und – mit Nachweis weiterer Inkonvenienzen – HARMS, Konzerne im EWG-Kartellrecht, 50 f.

18 Die Kommission hat denn auch bereits im Entscheid über die Vertikalvereinbarungen im Kodak-Konzern ihre Position verwässert und darauf ausgegriffen, wiewohl erwiesenermassen kein parteiinterner Wettbewerb betroffen war. Einen Gesinnungswandel deckte im weiteren ihre Stellungnahme zum Urteil Béguelin (955) auf. Vollständig wurde dieser Anknüpfungspunkt nunmehr im Entscheid Zoja (54) überwunden.

19 Gl.M. MARKERT, Béguelin/Marbach, 166, BLECKMANN 300, HARMS, Konzerne, 88 f., ders., Konzerne im EWG-Kartellrecht, 51; mit Vorbehalten MESTMÄCKER, Unternehmenskonzentration, 754 f. – So deutlich auch die Kommission im Entscheid Zoja 54; im gleichen Sinne Hugin/Liptons 30.

20 Oben 99 f.

21 So das (nahezu) einhellige Schrifttum: Vergl. etwa WILLEMSEN 186, REINHART, Vertikale Verträge, 188 f., STUMPF/LÖSCH 34, CUNNINGHAM, Competition Law, 121 f., BENEDICT 169, MARKERT, Béguelin/Marbach, 166, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 199 f., HARMS, Konzerne im EWG-Kartellrecht, 51 f., ZÄCH, Konzentration, 213 f., EMMERICH, Auslegung, 166, SCHLUEP, Vertikalkonzern, 123 f., VON DER GROEBEN/BOECK/THIESING, Kommentar, 679; a.M. MAILÄNDER, Kommentar, 188, LEO 23 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 67. – Auf dieser Grundlage hat – wenigstens im Ergebnis – von jeher auch die Praxis judiziert: Vergl. z.B. Christiani/Nielsen 14, Béguelin 959, Geigy 838, Zoja 54, Continental Can 242, Centrafarm 1168.

Nun zeichnet den *Konzern* gerade die Eigenschaft aus, dass seine Glieder unter einheitlicher Leitungsmacht stehen.[22] Es muss damit alles auf das der Tochter zugestandene Eigenleben ankommen. In dieser Frage der Abhängigkeitsintensität kann auf die von der Christiani/Nielsen-Doktrin (und deren Ausdeutung durch die Literatur) aufgedeckten Gesichtspunkte gegriffen werden.[23] So wird man ausreichende Planfreiheit abstreiten müssen, wenn die Mutter die Tochter jederzeit zur Zweigniederlassung oder Betriebsabteilung zu degradieren vermag. Ebenso fehlt Beweglichkeit, falls die Tochter bereits seit Geburt (infolge der Weisungsallmacht) Filialzüge trägt. Endlich herrscht unzweideutig Abhängigkeit innerhalb verbundener Unternehmen, sobald die Mutter – neben dem Vertrag – nach Belieben andere Steuerungsinstrumente in der Hand hält. Denn befremdend wäre, Gebundenheit kraft Übereinkommen zu geisseln, wo umgehend eine Weisung einspringen kann.[24]

22 Für alle (mit Hinweisen) ZWEIFEL 61 f.

23 Zum folgenden HUBER, Vereinbarungen, 430 f.; daran anlehnend ZÄCH, Konzentration, 214 f.

24 Man beachte, dass dieser Kriterienkatalog keine abschliessende Theorie des Kartell-Konzern-Rechts enthält, wie überhaupt die Christiani/Nielsen-Doktrin (und ihre Nachfolgeentscheide) keine generell tragfähigen Fundamente gesetzt haben. (Ebenso SCHLUEP, Vertikalkonzern, 123, ZÄCH, Konzentration, 215, WILLEMSEN 190, EMMERICH, Auslegung, 310 und HUBER, Vereinbarungen, 429) Mithin erging ausgesprochene *Einzelfall-Justiz*. Zu Recht: Weil konzerninterne Verkettung in mannigfachen Abstufungen spielt, vermag nur der Einzelfall-Test den vorhandenen Bewegungsfreiraum auszumachen. Untersuchungsthema bildet stets die Frage, ob theoretische Weisungspotenz in faktische umgesetzt werde, also diejenige nach der *tatsächlichen Machtrealisierung*. (Vergl. auch die Urteile des Gerichtshofs i.S. Zoja 255 f., Geigy 838 und Continental Can 242) In der Folge hat man konzerngebundene bzw. konzernfreie (und damit wettbewerbsoffene) Bereiche auseinanderzuhalten. Im letzteren Konkurrenzstörungen aufzudecken lohnt den Aufwand mühseliger Sachverhaltsanalysen. (Vergl. etwa die Fallgruppensammlung bei HUBER, Vereinbarungen, 431 f.; a.M. HARMS, Konzerne im EWG-Kartellrecht, 53) Obzwar deren Befund oft negativ ausfallen dürfte, ist vom *Grundsatz des Zugriffs von Art. 85 auf Konzernsachverhalte* auszugehen. (Gl.M. SCHLUEP, Vertikalkonzern, 122 f., BLECKMANN 300 f., EMMERICH, Auslegung, 309 f. und 311, MARKERT, Béguelin/Marbach, 165 f., MESTMÄCKER, Unternehmenskonzentration, 750 f., ders., Wettbewerbsrecht, 199 f.) – Die Konträrauffassung ficht namentlich mit dem Argument, im Konzern herrsche ausnahmslos (wenigstens virtuelle) Direktivgewalt und zugestandenes Eigenleben der Töchter sei infolgedessen jederzeit widerrufbar. (Anschaulich LEO 37 f.; ebenso GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 101 f., dies., EWG-

Nach diesen grundsätzlichen Klarstellungen bleibt die *konzerninterne Vertikalbeschränkung* selber abzuhandeln. Hiebei interessiert vor allem die (praktisch wichtigste) Vorwärtsintegration des Herstellers auf die nachfolgende Marktstufe unter Begründung nationaler Ausschliesslichkeiten. (Exklusivabsatz über Töchter)[25] Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass für vertikale Konzernbindungen dem Prinzipe nach kein Sonderrecht gilt. Für die Auslotung der Selbständigkeit der Distributionsgesellschaften finden sonach die eben vorgezeichneten Kriterien Anwendung. Dass die absatzpolitische Mobilität der Mutter in aller Regel zu bejahen ist, erweist die Funktion solcher Vertriebstöchter im Gesamtkonzern (Marktbetreuung der Mutterprodukte im zugewiesenen Raum). Die schmale unternehmerische Basis kettet die Tochter meist derweise eng an das Stammhaus, dass diesem auf unselbständige Filialen umzuschwenken leichtfällt. Solche Verzahnung wird sich auch im konzerninternen Führungsstil niederschlagen. Weil Vertrieb und Goodwill-Pflege im betreffenden Marktrayon ausschliesslich der Tochter anvertraut sind, wird sich die Mutter – nicht zuletzt der Wahrung eines einheitlichen Produktestandards wegen – ein weites Einwirkungsfeld offenhalten.[26] Vertriebsgesellschaften stehen in der Folge häufig integrierten Verkaufsabteilungen gleich. Somit ist das Herstellerunternehmen auch nicht darauf angewiesen, absatzpolitische Vorstellungen den Töchtern vertraglich zu überbinden. Jederzeit können direkte Weisungen aushelfen.[27]

Kartellrecht, 91 f., SÖLTER, Vertriebsbindungen, 65, KLEEMANN, Wettbewerbsregeln, 27, ZWEIFEL 67; beachtlich vor allem HARMS, Konzerne, 79 f. und ders., Konzerne im EWG-Kartellrecht, 51 f.) Ihr ist entgegenzuhalten, dass sie das im letzten gesellschaftsrechtliche Axiom der Einheitsleitung auf das Wettbewerbsrecht überträgt, eine Folgerung, die angesichts der unterschiedlichen Normzwecke daneben zielt. (Mit näheren Erörterungen MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 199 f.).

25 Vergl. z.B. den Sachverhalt in den Fällen Philips, Kawasaki, Kodak und Gerofabriek.

26 Dazu gehören vor allem Regelungen über den Weitervertrieb der Muttererzeugnisse. (Vergl. die Vorschriften im Kodak-Entscheid 24 f.).

27 Zutreffend die Kommission: "Wenn die betreffenden Tochtergesellschaften... ausschliesslich und vollständig von ihrer Muttergesellschaft abhangen und wenn diese Muttergesellschaft die Kontrollmöglichkeit hat und tatsächlich genaue Weisungen erteilt, ist es ausgeschlossen, dass sie sich in den von der Muttergesellschaft geregelten Bereichen untereinander unabhängig verhalten." (Kodak 25).

Man erkennt den (eindeutigen) Befund: Sämtliche Prüfgesichtspunkte indizieren ein auffälliges *Abhängigkeitsverhältnis* der Vertriebstochter von der Produzentenmutter, das in einer besonders gelagerten Funktionsaufteilung seine Wurzeln hat. Hierzu gesellen sich meistenteils glasklare Beteiligungsverhältnisse,[28] wenn die Mutter eine Absatzgesellschaft für deren Tätigkeitsmarkt eigens ins Leben ruft. Unternehmenspolitisch gegründete Autorität ist alsdann (auch) gesellschaftsrechtlich abgesichert. All das belegt, dass Veriebstöchter kaum über jenen planerischen Freiraum verfügen, den Art. 85 Abs. 1 im Tatbestandselement des "Unternehmens" voraussetzt. Daher werden Distributionsabsprachen im Konzern regelmässig aus dem persönlichen Geltungsbereich des Europakartellrechts herausfallen.[28a]

Gesagtes steht freilich unter einem Vorbehalt: Das ausgemachte Selbständigkeitsdefizit gilt nur für das konzerninterne Leben der Töchter gegenüber der dominierenden Mutter. Der Unternehmensbegriff trägt in seiner wettbewerbsrechtlichen Funktion mithin einen Januskopf:[29] Werden konkurrenzbeschränkende Vertragsbanden zu Dritten angeknüpft, sind Töchter mündige und vollwertige "Unternehmer".[30] Keiner näheren Begründung bedarf, dass Händlerverträge nicht schon deshalb zu bestehen vermögen, weil auf der Lieferantenseite eine Konzerntochter steht.[31] Wie der Kodak-Entscheid mit Recht festhält, sind aber auch formal *"intra-enterprise"* abgesprochene *Übereinkommen* zu unterstellen,

28 Vergl. Gerofabriek 8 und Kodak 24.

28a Vergl. – mit dem gleichen Beurteilungsmassstab – auch ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 206 f.

29 Ähnlich HARMS, Konzerne im EWG-Kartellrecht, 52; dagegen LEO 25.

30 "Die Beurteilung wird auch darauf abzustellen haben, inwieweit sich die Tochtergesellschaft nach aussen als wirtschaftlich selbständiges Unternehmen geriert. Tut sie das, wäre die Berufung auf die Unternehmenseinheit zur Vermeidung der Anwendung des Art. 85 ein venire contra factum proprium." (MARKERT, Béguelin/Marbach, 167) – Gl.M. offenbar GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 93; vergl. ferner Citroen 420, Kawasaki 14 sowie Distillers 23.

31 Auch die Wettbewerbsbehörden haben allenthalben (ohne nähere Begründung) über Händlerverträge von Konzerntöchtern gerichtet. (Vergl. z.B. Constructa, Sperry Rand, Philips und Gerofabriek).

sofern sie nachweislich Inhalt des Vertrages mit Dritten – in Sonderheit mit Händlerkunden der Töchter – werden sollen.[32] Das bedeutet in der Tat, "dass konzerninterne Beschränkungen (zwar nur auf Umwegen, aber immerhin) dann vom Verbot erfasst werden, wenn sie sozusagen vom Konzerninnen- in den Konzernaussenraum getragen werden und dort gleich wirken wie gewöhnliche Wettbewerbsbeschränkungen."[33]

## 2. Vertrieb über Handelsvertreter

Geklärt ist die Rechtslage beim Vertrieb über (echte) Handelsvertreter[34] und ähnliche Mittler. Lehre und Rechtsprechung stimmen seit jeher überein, diese Spielart des Absatzes Art. 85 Abs. 1 nicht zu unterstellen.[35] Verschieden gestaltet sich bloss die dogmatische Lozierung dieses Freispruchs. Wie bei der Konzerndiskus-

32 Kodak 25.

33 SCHLUEP, Vertikalkonzern, 124; vergl. auch DERINGER, Kommentar, Rn. 16 zu Art. 85 Abs. 1, SPORMANN, Entwicklung, 161 f. und EMMERICH, Auslegung, 311.

34 Der zivilrechtliche Begriff des Handelsvertreters nimmt sich europaweit nahezu einheitlich aus. (Vergl. die Übersicht bei GRAUPNER, Rules of Competition, 118 f.) So ist etwa nach Art. 418a OR Agent, "wer die Verpflichtung übernimmt, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln oder in ihrem Namen und für ihre Rechnung abzuschliessen, ohne zu den Auftraggebern in einem Arbeitsverhältnis zu stehen." (Ähnlich § 84 Abs. 1 HGB).

35 Vergl. BLECKMANN 300, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 337 f., BENEDICT 171, HAGENAUER 146, WINKEL 5 f., SCHWARTZ, Kommentar, 34, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 122, dies., EWG-Kartellrecht, 167 f., STUMPF/LÖSCH 11 f., REINHART, Vertikale Verträge, 188 f., ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 173, SPORMANN, Konturen, 132, SCHRÖTER, AVV, 112 f., SÖLTER, Vertriebsbindungen, 65 f., KLEEMANN, Ausschliesslichkeitsverträge, 1632, BEIER 86, HELLMANN/PFEIFFER, 244 f., TESSIN, AVV, 128 f., NEUMANN, Handelsvertreterverträge, 1495, HONIG/BRAUN/GLEISS/HIRSCH 17, BELLAMY/CHILD 174 f., SCHLIEDER, Vertikale Kooperation, 138 f., PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER 194, CRAMER 77 f., GRAUPNER, Rules of Competition, 117 f., KLAUSING 61 f., SCHWANKE 129 f., RIESENKAMPFF, Commercial Agency Relationship, 53 f. – Dazu auch die Bekanntmachung der Kommission über Alleinvertriebsverträge mit Handelsvertretern (ABl. Nr. 139 vom 24.12.1962, 2921) sowie die Urteile Grundig/Consten 388 und Italienische Republik 485 f.

sion wird teils noch immer am Tatbestandsmerkmal der *"Wettbewerbsbeschränkung"*[36] angeknüpft. Allen voran hat die Kommission (in ihrer Bekanntmachung) unterstrichen, freie Konkurrenz werde nicht gestört, soweit der "Handelsvertreter... auf dem Gütermarkt lediglich eine Hilfsfunktion" ausübe, also "nicht selbst Nachfrager oder Anbieter" sei, sondern "im Interesse seines anbietenden oder nachfragenden Vertragspartners Abnehmer oder Anbieter" aufsuche.[37]

Tenor und Zielrichtung dieser Argumentation sind richtig:[38] Dem Agenten geht unternehmerisches Eigenleben ab.[39] Denn einmal ist er nicht ausgewiesen, im eigenen Namen und für eigene Rechnung zu kontrahieren.[40] Sein Aktionsspielraum stösst an der

36 Und an der Zwischenstaatlichkeitsklausel.

37 Bekanntmachung, a.a. O., 2921 – Mit gleicher Erklärung auch SÖLTER, Vertriebsbindungen, 66, HELLMANN/PFEIFFER 245, TESSIN, AVV, 128, KLAUSING 62, BAROUNOS/HALL/JAMES 70 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 168.

38 Falsch ist jedoch die Folgerung, es mangle an der "Wettbewerbsbeschränkung" wegen fehlendem zwischenparteilichem Konkurrenzverhältnis. (Vergl. z.B. KLEEMANN, Ausschliesslichkeitsverträge, 1632) Sie unterlegt – wie bereits angezeigt (vergl. vorn 101 f.) – ein missratenes Zielformelverständnis. – Nicht weniger erweckt ein Begründungsansatz Bedenken, der Konkurrenzverluste als "Ausfluss der besonderen Pflicht zur gegenseitigen Interessenwahrung" hinnehmen will. (So die Bekanntmachung, a.a. O., 2921; für diese Treuepflichtphilosophie auch BRAUN/GLEISS/HIRSCH 97, KLAUSING 62 f., SÖLTER, Vertriebsbindungen, 66, HELLMANN/PFEIFFER 245, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 122 und TESSIN, AVV, 129) Er folgt einer "Ancillary"-Doktrin und schlägt fehl, da ein im letzten vertragsrechtlicher Wertungsansatz auf das Wettbewerbsrecht transponiert wird. Nicht können Marktstörungen deshalb geduldet werden, weil sie einer irgendwie gearteten Interessenkonstellation der Verursacher entspringen. (Gegen einen Rekurs auf die Treuepflicht auch BAROUNOS/HALL/JAMES 71 und – u.a. mit Berufung auf den Vorrang des Gemeinschaftsrechts – SCHWANKE 134; zur Frage der "ancillary restraints" ferner hinten 128 f.).

39 Wiewohl er rechtlich "selbständiger Gewerbetreibender" ist. (So ausdrücklich § 84 Abs. 1 HGB; vergl. für das Schweizer Recht GUHL/MERZ/KUMMER 449).

40 Dieses Argument der mangelnden "Geschäftsfähigkeit" gilt nicht für den (formell in eigenem Namen abschliessenden) Kommissionär. (Vergl. zur Abgrenzung etwa GAUTSCHI 188 und GUHL/MERZ/KUMMER 448 f.) Dessen wirtschaftliche Stellung ändert sich damit freilich nicht. (Zur Gleichbehandlung der Kommissionäre und Kommissionsagenten insb. SCHWANKE 136 f., SÖLTER, Vertriebsbindungen, 67, KLEEMANN, Ausschliesslichkeitsverträge sowie die Umschreibung des persönlichen Geltungsbereichs in der Kommissionsbekanntmachung).

rechtsgeschäftlich zugestandenen Vertretungsmacht an, sein Handeln wird dem von ihm repräsentierten Hersteller zugerechnet. Geschäftsbeziehungen nisten sich über seinen Kopf hinweg ein; Vertreter und Vertretener sind "gemeinsam auf einer Marktseite tätig".[41] Neben diese formalrechtliche tritt zumeist auch eine wirtschaftliche Abhängigkeit: Die Tätigkeitsfelder sind (sachlich, persönlich und räumlich) genau ausgesteckt, die Austauschbedingungen mit "seinen" Kunden weitgehendst diktiert. All dies macht ihn in der Regel zu einem willenlosen Glied im herstellereigenen Absatzsystem. Agentenvertrieb ist direkter Vertrieb,[42] dessen vertragliche Ausformung Akt der inneren Organisation.

Demnach erkennt man auch, wo die Frage des Zugriffs auf Handelsvertreter kartellrechtlich einzuordnen ist. Nicht vermögen sie keine "Wettbewerbsbeschränkungen" zu veranstalten[43], sondern es fehlt ihnen an der typischen *Unternehmensqualität.*[44] Wie die Behandlung der Konzerntöchter erwiesen hat, ist nämlich nur "Unternehmer" im Sinne von Art. 85, wer auch über ein genügendes Mass an wirtschaftlicher Selbständigkeit verfügt. Gerade diese

41 So SCHLIEDER, Vertikale Kooperation, 139; vergl. auch HELLMANN/PFEIFFER 245, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 122, dies., EWG-Kartellrecht, 168, PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER 194, KLAUSING 62, TESSIN, AVV, 128, SÖLTER, Vertriebsbindungen, 66 und BRAUN/GLEISS/HIRSCH 96 f.

42 Zum Begriff des Direktvertriebs vorn 33.

43 Dass es nicht an Beschränkungen des Wettbewerbs fehlt, zeigen die manifesten Drittwirkungen der Handelsvertreterverträge. (Insb.: Aussperrung von Lieferanten und Abnehmern bei Ausschliesslichkeitsabreden) Sie können nicht mit dem Hinweis abgestritten werden, es spiele ein Untertan des Produzenten mit. (Vergl. auch die Skepsis bei BAROUNOS/HALL/JAMES 71 und SCHWANKE 134).

44 Wie hier der Gerichtshof: "Dem Verbot unterliegen alle Vereinbarungen zwischen mehreren Unternehmen. Somit ist es nicht anwendbar, wenn es sich um ein einziges Unternehmen handelt, das seine Vertriebsorganisation in seinen eigenen Geschäftsbereich eingegliedert hat." (Grundig/Consten 388; ebenso Italienische Republik 485 f.) – Für Anknüpfung am "Unternehmen" auch REINHART, Vertikale Verträge, 189 f., SCHULTE-MÄTER 14, BLECKMANN 300, BAROUNOS/HALL/JAMES 71, PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER 194, VON DER GROEBEN, Handbuch, 96; vergl. weiter SPORMANN, Konturen, 132, SCHRÖTER 113, CRAMER 82 und STUMPF/LÖSCH 12 – A.M. – Unternehmerqualität bejahend – KLAUSING 61, TESSIN, AVV, 128 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 67.

Planfreiheit geht dem Agenten als Folge seiner Unterordnungsstellung ab.[45] Im Ergebnis ist sonach der herrschenden Überzeugung beizupflichten, ihn aus dem Geltungsbereich der Kartellregeln herauszuhalten. Damit ist jedoch noch nichts ausgesagt über die *Abgrenzung* zwischen Handelsvertreter und Vertragshändler.[46] Mit Fug beachtet die Kommission nicht die Bezeichnung, sondern stellt alleinig auf die Funktion des Vertriebsmittlers ab.[47] In diesem Lichte wird massgeblich, welche distributionspolitischen Pflichten dem Agenten zur Erledigung in eigener Verantwortlichkeit übertragen sind. Es entscheiden zumal Aufgaben, die das finanzielle Wagnis[48] verlagern. Gliedert der Hersteller Funktionen

45 Dieses ausgeprägte *Unterordnungsverhältnis* verdient in besonderem Masse Beachtung. So hatte auch die Kommission im Entscheid Pittsburgh Corning Europe (38) einem als Handelsvertreter deklarierten Absatzmittler Vertragshändlerstatus zugeschrieben, da er "stark und unabhängig genug" sei, "um sich durchaus dem Verlangen von P.C.E. zu widersetzen." –Vergl. ferner die Stellungnahmen von REINHART, Vertikale Verträge, 189 und BAROUNOS/HALL/JAMES 73.

46 Die Übergänge verfliessen in der Absatzpraxis. (Ebenso BRAUN/GLEISS/HIRSCH 17) Sie zu bestimmen ist deshalb erforderlich, weil der Freispruch für Handelsvertreter Vertragshändler als solche zu tarnen verlockt. (Vergl. etwa – für andere Rechtsordnungen – BELKE, Geschäftsverweigerung, 204 f. und SCHULTE-MÄTER 35 f.).

47 Vergl. Bekanntmachung, a.a. O., 2921; unmissverständlich auch Pittsburgh Corning Europe 37; gl.M. (unter vielen) STUMPF/LÖSCH 11 f., GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 125 f., dies., EWG-Kartellrecht, 169, CUNNINGHAM, Supplement, 79 f., ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 173 f. und SCHLIEDER, Vertikale Kooperation, 139. – Folgerichtig kann auch nichts auf die zivilrechtliche Rechtsform des Verhältnisses ankommen. (So nachdrücklich MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 338 und HONIG/BRAUN/GLEISS/HIRSCH 18).

48 "Die Kommission betrachtet als massgebliches Kriterium... die Regelung, die ausdrücklich oder stillschweigend für die Übernahme der mit dem Absatz oder der Vertragsabwicklung verbundenen finanziellen Risiken getroffen worden ist. ... Mit Ausnahme der üblichen Delkredere-Haftung hat der Handelsvertreter funktionsmässig kein weitergehendes Risiko aus dem Handelsgeschäft zu tragen." (Bekanntmachung, a.a. O., 2921) – Für Abgrenzung aufgrund der Risikoverteilung auch BAROUNOS/HALL/JAMES 70, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 168 f., dies., Kommentar, 126, RIESENKAMPFF, Commercial Agency Relationship, 55, KLAUSING 59 und SCHLIEDER, Vertikale Kooperation, 138 f. – Selbst dieser Gesichtspunkt ist freilich nicht unumstösslich. Man wird nur bei "bona fide agencies" auf Eigentums- und Risikoübertragung abstellen dürfen. Atypische Machtballungen bleiben vorbehalten. (Vergl. die grundlegende Kritik am Kriterium des "title and domi-

aus, die auch Absatzrisiken einschliessen, hat man einen Vertragshändler vor sich. Welche den Handelsvertreter wirtschaftlich zum Eigenhändler werden lassen, muss der Einzelfall weisen. Gewichtige Indizien sind immerhin ein "Lager mit in seinem Eigentum stehenden Vertragswaren", ein aufwendiger "Service auf eigene Kosten" sowie die Freiheit, "die Preise oder die Geschäftsbedingungen für die Handelsgeschäfte" festzulegen.[49] Daneben mögen aber auch andere Gesichtspunkte eine Rolle spielen.[50]

## II. Vereinbarungen

### 1. Der Vertragshändlervertrag als Vereinbarung

Das Tatbestandsmerkmal der "Vereinbarung" hat bislang kaum Anlass zu durchdringender Auseinandersetzung gegeben.[50a] Grundsätzlich kann am privatrechtlichen Vertragsbegriff angeknüpft werden[51]; die Form der Übereinkommen bleibt ohne Belang.[52]

nion" (im Anschluss an den amerikanischen Schwinn-Entscheid) bei SCHMIDT 316 f., SANGMEISTER 72 f., ROTH 606 f. und SCHMITT 115; für Anwendung auf das Europakartellrecht SCHULTE-MÄTER 115).

49 Bekanntmachung, a.a. O., 2921. Die Aufzählung ist exemplifikativ. (Gl.M. GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 125 f.) - Man beachte hier auch andere Marketinginstrumente wie Kundendienst (im weitesten Sinne), eigenständige Werbung auf eigene Rechnung, Sortimentspolitik, Marktforschung usw.

50 So hatte die Kommission im Zuckerentscheid Händlereigenschaft unterstellt, weil der betreffende Handelsvertreter nicht ausschliesslich den einen Hersteller repräsentierte. Hier ist immerhin zu bedenken, dass wirtschaftliche Selbständigkeit auch Mehrfirmenvertretern abgehen kann, zumal wenn sie nicht im Dienste von Konkurrenten stehen. (Ähnlich wohl BAROUNOS/HALL/JAMES 72 f.).

50a Vergl. auch EMMERICH, Auslegung, 312 – Eine Ausnahme bildet das hier nicht näher zu erläuternde gentlemen's agreement.

51 Gemeint sind also auf *rechtliche Verbindlichkeit* gerichtete Willenserklärungen. (Vergl. MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 208, MAILÄNDER, Kommentar, 190 f., VON GAMM 41 und BLECKMANN 300; dazu auch KLEEMANN, Wettbewerbsregeln, 30, DERINGER, Kommentar, Rn. 18 zu Art. 85 Abs. 1, ENGELS 332, KÖNIG 44, GLEISS/HIRSCH, Kartellrecht, 122, dies., Kommentar, 90, dies., EWG-Kartellrecht, 70, WILLEMSEN 191, VON DER GROEBEN/BOECK/THIESING, Kommentar, 677 und IPSEN 619.).

So erwachten denn auch nirgendwo Zweifel, dass die *Vertragshändlerverträge* im selektiven Vertrieb "Vereinbarungen" im Sinne von Art. 85 Abs. 1 darstellen[53], zumal sie meist schriftlich (im Kleid Allgemeiner Geschäftsbedingungen) abgefasst sind.[54] Gleichfalls dem Kartellverbot unterfallen aber mündliche[54a] oder sonstwie im Vertragsschluss atypische Absatzordnungen.[55]

Vor allem muss im Kontext interessieren, ob der Begriff der "Vereinbarung" nur im Sinne umfassender Vertragswerke verstanden oder ob ihm auch die *einzelne Klausel* zugeordnet werden dürfe. Wiewohl ihr eine andere Fragestellung unterliegt, erbringt die Lehre von der Teilnichtigkeit die Antwort. Danach kann das Nichtigkeitsverdikt von Art. 85 Abs. 2 nur jene Bestandteile eines Vertrages treffen, die das Kartellverbot verletzen.[56] Der unbedenkliche Rest darf weiterleben.[57] Sonach greift Art. 85 Abs. 1 eben-

52 Vergl. insb. CUNNINGHAM, Supplement, 17 f., VON GAMM 41 und VON DER GROEBEN/BOECK/THIESING, Kommentar, 677.

53 Der Vereinbarungscharakter wurde ausdrücklich unterstrichen in den Entscheiden Kawasaki 14, Philips 41, Völk/Verwaecke 300, Minière/Maschinenbau Ulm, 289, Du Pont 28, Miller 41 und Distillers 24; ebenso SCHWANKE 141 und EWALD, AVV, 114.

54 Vergl. vorn Bd. 1, 240.

54a Vergl. Theal/Watts 23.

55 So wurde im Fall WEA-Filipacchi (53) das Zustandekommen des Vertrages mittels Rundschreiben und Einverständniserklärung (durch Rücksenden einer unterzeichneten Kopie) bejaht. (Ebenso BMW Belgium 39) – Gleich entschied die Kommission für auf der Rückseite von Rechnungen aufgedruckte Verkaufsbedingungen. (Gerofabriek 10, Arthur Bell 16 und Teacher 21).

56 Wegbereitend namentlich die beiden Urteile Minière/Maschinenbau Ulm 304 und Grundig/Consten 392; vergl. aus der Doktrin auch CAMPELL, Common Market Law, 162, PLAISANT 146, DERINGER, AVV, 1590, GLEISS, Urteile, 174, KIRSCHSTEIN, AVV, 790, LE TALLEC 439, WINKEL 252, GLEISS/HOOTZ, Grundig/Consten, 311 f., TESSIN, AVV im EWG-Kartellrecht, 1263, SCHWANKE 189, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 572, MAILÄNDER, Kommentar, 257, CUNNINGHAM, Competition Law, 59 f., BAROUNOS/HALL/JAMES 137.

57 Diese Aufsplitterung steht freilich unter dem Vorbehalt, dass sachlich sich die Einzelteile überhaupt absondern lassen. Über die Teilnichtigkeit im einzelnen – insb. über die Scheidung nach hypothetischem Parteiwillen – befindet nationales Recht. (Näheres bei PLAISANT 146 f., KÖNIG 132 f., MAILÄNDER, Kommentar, 257 f., BAROUNOS/HALL/JAMES 137 und MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 572).

falls auf Bruchstücke von Vertragshandelsverträgen aus. Weil aber die "Vereinbarung" unabdingbar Tatbestandselement ist, hat man die Vokabel enger zu fassen.[58] Sie meint auch (und gerade) die Einzelklausel einer Vertriebsordnung.

## 2. Vertragslose Vertikalintervention

a) Untersuchungen im Realienteil haben erbracht, dass zwar kaum umfassender Selektivvertrieb, wohl aber ausgegrenzte Handlungsmuster ohne förmliche Absprache sich durchsetzen lassen. Instrumente faktischer Absatzwegesteuerung sind namentlich die (druckbehaftete) Empfehlung und die Verhaltensabstimmung.[59] Gleichzeitig wurde als wettbewerbspolitisches Gebot der Stunde erkannt, sämtliche Spielformen vertikaler Intervention – mittels geweitetem Kreis der normtechnischen Anknüpfungspunkte – kartellrechtlich zu fassen.[60] So ist zu ergründen, ob (und wie) sich das europäische Wettbewerbsrecht solcher vertragsfreier Vertriebsregelungen annimmt.

Art. 85[61] greift bekanntlich nur auf Konkurrenzstörungen, die aus Vereinbarung, Beschluss oder abgestimmten Verhalten hervorgehen. Er enthält einen *numerus clausus* der unterstellungsbegründenden "Mittel der Wettbewerbsbeschränkung".[62] [63] Vertikale Intervention gerät daher nur in die Fänge des Kartellverbots, soweit die Beteiligten in einer der genannten Formen konspirieren. Reine Empfehlung und Druckanwendung fallen demnach aus dem

58 Ähnlich LE TALLEC 439.

59 Einlässlich darüber vorn Bd. 1, 152 f.

60 Vergl. vorn Bd. 1, 311 f.

61 Fragen um Art. 86 bleiben hier ausser Spiel. (Vergl. aber unten 120 f.).

62 So der Oberbegriff bei MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 206.

63 Für erschöpfende Aufzählung offenbar auch GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 119 und DERINGER, Kommentar, Rn. 17 zu Art. 85 Abs. 1.

sachlichen Geltungsbereich heraus.[64] Weil sich die "Vereinbarung" nicht von ihrer genuin zivilistischen Verankerung lösen lässt[65], hängt alles davon ab, wieweit vertragslose Vertriebspraktiken als "concerted practices" entlarvt werden können.

b) *Abgestimmtes Verhalten* gemäss Art. 85 Abs. 1 ist – nach gängiger Formel – "jedes bewusste und gewollte Zusammenwirken"[66], also "eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrages im eigentlichen Sinne gediehen ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt..."[67] Jeder Gleichschritt mit Rivalen wird geduldet, sofern er nur in freien Zügen erfolgt. Parallelgebaren mag zwar eine "Conspiracy" anzeigen, ist aber für sich genommen (noch) nicht Abstimmung.[68] Gegenstand dieses Verhaltenseinklangs

64 Gl.M. – vorab im Zusammenhang mit der Preisempfehlung – KÖNIG 46, KLEEMANN, Wettbewerbsregeln, 31, VON GAMM 41 f., GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 119, SANDROCK, Grundbegriffe, 266, DERINGER, Kommentar, Rn. 23 zu Art. 85 Abs. 1, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 210, MENGES 788, KOLONKO 92 f., MAILÄNDER, Kommentar, 195. – Vorbehalten bleibt ein in die Verhaltensabstimmung einmündendes Zusammengehen. (Vergl. unten 114 f.).

65 Ablehnung verdient der Versuch, ihr auch sog. *"wirtschaftliche Bindungen"* zuzureihen. (Vergl. etwa für § 18 GWB KOENIGS, Probleme, 312; anders offenbar die h.L.; statt vieler SCHWARTZ, Kommentar, 15 f.) – Dagegen sprechen der eindeutig am zivilrechtlichen Vertragsbegriff angelehnte Wortlaut (vergl. die Fundstellen vorn Fn. 51) sowie der Zweck der Bestimmung, nur auf kollektives Verhalten auszugreifen. (So ausdrücklich GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 89) Die Frage verliert angesichts des "Auffangtatbestandes" der Verhaltensabstimmung an Bedeutung.

66 MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 210; vergl. auch DERINGER, Kommentar, Rn. 23 zu Art. 85 Abs. 1, GLEISS, Abgestimmtes Verhalten, 166 und GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 92.

67 Zuckerurteil des Gerichtshofes 1942; vergl. auch ICI 658 – Zum europakartellrechtlichen Begriff der Verhaltensabstimmung weiter CUNNINGHAM, Competition Law, 44 f., BAROUNOS/HALL/JAMES 19 f., KÖNIG 45 f., KOLONKO 15 f., BLECKMANN 301 f., DAIG 213 f., MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 210 f., VON DER GROEBEN/BOECK/THIESING, Kommentar, 684 f., GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 73 f., dies., Kommentar, 91 f., GLEISS, Abgestimmtes Verhalten, 163 f., ders., Begriff, 485 f., MAILÄNDER, Kommentar, 193 f.

68 Vergl. ICI 658. – Einmütig in dieser Frage auch das Schrifttum: Vergl. etwa ENGELS 332, WILLEMSEN 193, KLEEMANN, Wettbewerbsregeln, 31, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 210, BLECKMANN 301, DAIG 228 f., EHLE 1593, GÜNTHER,

können "alle marktrelevanten Handlungen und Unterlassungen"[69] sein, somit auch solche aus dem Bereiche des Vertriebs.[70]

Die distributionspolitischen "concerted practices" werden vornehmlich im Zusammenhang mit den *Empfehlungen* erörtert. In negativer Ausgrenzung ist vorwegzunehmen, dass diese nicht schon deshalb unter Art. 85 Abs. 1 stehen, weil sie eine Gleichrichtung anstiften.[71] Ebenso bezweifelt niemand, dass die reine Verhaltensharmonie im Empfängerkreis (als systembedingte Folge jeder gelungenen[72] vertikalen Intervention) nicht ausreicht.[73] Das Wettbewerbsrecht erheischt ein Mehr an wechselseitiger "Fühlungnahme". Diese kann *vertikal* im Verhältnis zwischen dem Empfehlenden und dem Adressaten spielen.[74] Man denke etwa an den

Regelung, 279, KÖNIG 45 f., GLEISS, Abgestimmtes Verhalten, 165, ders., Begriff, 486, DERINGER, Kommentar, Rn. 23 zu Art. 85 Abs. 1, VON DER GROEBEN/BOECK/THIESING, Kommentar 684, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 73.

69 So ausdrücklich DAIG 221; im gleichen Sinn GLEISS, Abgestimmtes Verhalten, 173.

70 Zur wachsenden Bedeutung des Vollzugs von Vertikalordnungen mittels Verhaltensabstimmung vorn Bd. 1, 157 f.

71 KÖNIG 46, DERINGER, Kommentar, Rn. 23 zu Art. 85 Abs. 1 und KOLONKO 94 f.

72 Selbstredend bleiben unbeachtete Empfehlungen – als missglückter Versuch der Anstiftung – gefahrlos. (MAILÄNDER, Kommentar, 195, KÖNIG 46, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 73).

73 Vergl. EHLE 1595, MENGES 789, KERSTEN 78, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 94, KOLONKO 101, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 210, KÖNIG 46, MAILÄNDER, Kommentar, 195 und SANDROCK, Grundbegriffe, 266 f.

74 Es besteht dogmatisch kein Anlass, abgestimmtes Verhalten in der Anbieter-Nachfrager-Beziehung aus Art. 85 herauszuhalten. (Vergl. zur Fragestellung im Schweizer Recht KUMMER, Begriff, 107 und GUT 163 f.) Der Einwand von KOLONKO (95 f.; gl.M. offenbar MENGES 788) vermag nicht durchzuschlagen, es mangle an einem gleichförmigen Marktverhalten. Selbstverständlich können Stufenungleiche nicht Gleiches abstimmen. Die Vorschrift verlangt aber gar kein identisches Gebaren auf dem (hier je andern) Markt. (Ebenso GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 93 und DERINGER, Kommentar, Rn. 23 zu Art. 85 Abs. 1) Mehr noch: Selbst einseitige Disposition des einen genügt, sofern diese Frucht des Zusammenwirkens beider ist. (Gl.M. EMMERICH, Auslegung, 313 und DAIG 222; vergl. auch STÖVER 99 und GÜNTHER, Regelung, 279).

Fall, dass ein Hersteller bei der Ausarbeitung des Empfehlungsinhalts eng mit seinen Grosshändlern (gesondert) kollaboriert. Häufiger wird indessen aufzuspüren sein, wieweit die einträchtige Einhaltung in einem *horizontalen* Zusammenwirken der Empfänger wurzelt. Der Erlass der Empfehlung selber knüpft keine Kontaktbanden unter ihnen an. Verhaltensabstimmung fehlt, selbst wenn jedermann ihr im Glauben folgt, der andere ziehe nach (bewusstes Parallelverhalten[75]) oder wenn zusätzliche Pressionsmittel eingesetzt werden.[76] Sie stellt sich erst ein, wo Erwartung in Gewissheit umschlägt.[77] Dies bewirkt meist der Empfehlende selber[78], indem er (durch umfassende Information und Verhandlungsleitung) als "Unterhändler" zwischen den Adressaten auftritt (*"vermittelnde Empfehlung"*), oder indem er die Empfehlung auf deren Anstoss erst ausspricht (*"konkretisierende Empfehlung"*).[79] Auch ohne einen derartigen Auftrag und ohne Vollzugsunterstützung ist Horizontalabstimmung denkbar, etwa wenn nach Eingang der Empfehlung ein Meinungsaustausch über das gemeinschaftliche Akzept gepflegt oder wenigstens wechselseitig nach aussen verständlich gemacht wird, dass ein jeder nur zur Befolgung bereit ist, falls der Nebenmann mitgeht.

c) Ausserhalb dieser Ansätze aus dem Empfehlungsrecht vermisst man eine eigentliche europäische Theorie der vertikalen Ver-

75 Gl.M. wohl MAILÄNDER, Kommentar, 195; vergl. zudem – für das US-Recht – SCHMITT 107.

76 Vergl. auch KOLONKO 101.

77 GLEISS (Abgestimmtes Verhalten, 173) spricht von einer Befolgung "in Kenntnis und mit Rücksicht auf die übereinstimmende Absicht der andern...".

78 Mithin ist ohne Belang, dass die Verhaltensabstimmung unter Leitung eines Dritten stattfindet. (So auch MENGES 789, DAIG 226, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 210 und GLEISS, Abgestimmtes Verhalten, 173).

79 KOLONKO 102 f. – Von Interesse ist namentlich die letztgenannte Fallgruppe. Ein Zusammengehen bedeutet wohl bereits die Vergabe des Mandats und der Konsens über die Befolgungsbereitschaft, vollendet ist die "Conspiracy" aber erst mit dem Empfehlungserlass. (Auf "Abstimmung" erkennen hier offenbar auch GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 94).

haltensabstimmung.[80] Jedoch kann nie Zweifel aufsteigen, dass dem Verbot von Art. 85 Abs. 1 grundsätzlich jede Form hinreichend gesteigerter Koordination im Absatz unterfällt. Wie beim Empfehlungssachverhalt kann das konspirative Zusammenwirken in verschiedenen Stossrichtungen verlaufen. Es bleibt ein ausschliesslich *horizontales,* solange die Händler ohne Anleitung und Beihilfe des Herstellers kooperieren. In einer gemeinsamen Aktion, der nicht zwingend ein eigentlicher Plan zugrunde liegen muss[81], mögen bestimmte unternehmerische Verhalten wie Abnehmerauswahl, Kundendienst oder Werbung gleichgeschaltet werden.[82] Eine Abstimmung liegt jedoch nicht vor, sofern die Verhaltensgleichförmigkeit Ausfluss netzweiter vertraglicher Individualbindungen ist.[83]

Die "Absprache" kann auch in der *Vertikalsphäre* (zwischen dem Produzenten und dem einzelnen Händler) erfolgen.[84] Sie interessiert kartellrechtlich nur, wenn der Absatzmittler nicht willenloser Befehlsempfänger ist, sondern einen kausalen Beitrag

80 Im Gegensatz zu einer neueren Entwicklung im amerikanischen Recht. (Vergl. etwa BELKE, Kundenbeschränkung, 74 f., NEALE 217 f. und SCHMITT 106 f.).

81 So insb. der Gerichtshof in seinem Zuckerurteil 1965 ;vergl. auch die Kommissionsausführungen im ICI-Verfahren 657 sowie GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 73 ; a.M. DERINGER, Kommentar, Rn. 23 zu Art. 85 Abs. 1, GLEISS, Abgestimmtes Verhalten, 166, MAILÄNDER, Kommentar, 194 und GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 92. - Vermittelnd hält DAIG mit Fug fest, dass die Kontroverse solange nichts fruchte, als unterschiedliche Begriffe des "Plans" unterliegen. (DAIG 225 Fn. 24) In jedem Fall muss ein hinlänglich konkretisiertes Handlungskonzept ausgearbeitet sein.

82 Solche im Horizontalbereich auslaufende Händlerkooperation ist selten. (Vergl. auch vorn Bd. 1, 159) Denn ohne die Vorgabe von Verhaltensrichtlinien durch den Hersteller dürften sie sich im Netz nur mit Mühe lückenfrei verwirklichen lassen.

83 H.M.: Vergl. etwa GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 93, MAILÄNDER, Kommentar, 195, KÖNIG 46 f., DERINGER, Kommentar, Rn. 23 zu Art. 85 Abs. 1; anders – für das amerikanische Recht – SCHMITT 107 und 110.

84 Exemplarisch der amerikanische Ford-Entscheid. (Vergl. AREEDA 799 f. und BELKE, Kundenbeschränkung, 76 f.).

in die gemeinschaftliche Willensbildung einbringt.[85] So ist die Selektion als solche – trotz Annahme des Eingliederungsentscheides – noch kein Zeichen händlerischer Mitwirkung.[86] Liegt allerdings ein mit dem geschlossenen Abnehmerkreis ausgemachtes Vertriebskonzept vor, dringt der "Conspiracy"- Charakter durch. Das Indiz hiefür mag beispielsweise eine befolgte händlerische Anregung liefern.[87] Auch herstellerdiktierte Absatzpraktiken sind beachtlich, falls der Händler an Vorbereitung und (oder) Ausführung teilhat.[88]

Am ehesten dürften sich Vertriebsformen mittels eines Geflechtes *vertikal-horizontaler* Verhaltensweisen abstimmen lassen.[89] Der Produzent verkündet – in enger Tuchfühlung mit den kooperationsbereiten Abnehmern (oder deren Organisation) – die Richtlinien, letztere schalten sich geschlossen in deren Vollzug ein. Alsdann besteht vertikale Abstimmung bezüglich der eigentlichen Distributionspolitik, horizontal eine solche bezüglich deren Einhaltung und Durchsetzung gegen widerspenstige Dritte. Besonders augenfällig werden diese "concerted practices" bei Aufbau eines gemeinsamen netzinternen Bespitzelungs- und Überwachungsappa-

85 Die Wechselseitigkeit von Willensübereinkunft und Kooperation betonen auch GLEISS, Abgestimmtes Verhalten, 167 und GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 91. – Nie genügt einseitige (wenn auch bewusste) Verhaltensanpassung. (Zuckerurteil 1984; ebenso GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 73).

86 Vergl. ebenfalls das Votum FISCHÖTTER bei CANENBLEY, Diskussionsbericht, 204 f.

87 So hatte der Supreme Court im Ford-Urteil die Gemeinsamkeit der Abstimmung mit dem Hinweis untermauert, die Aussperrungsdrohungen des Produzenten seien von einem Händler angeregt worden. Es herrsche freilich nicht nur mit dem Initianten, sondern auch mit seinen Kollegen Verhaltensabstimmung. (Vergl. BELKE, Kundenbeschränkung, 77 f.) Dieses "Conspiracy"-Verständnis erscheint allerdings weitgespannt. EWG-kartellrechtlich muss man bei dieser Sachverhaltslage nach dem aktiven "Tatbeitrag" der Nicht-Initianten (als blosse Weisungsempfänger) fragen.

88 Im gleichen Sinne entschied die Kommission im Entscheid Pittsburgh Corning Europe. (Vergl. den Sachverhaltsbeschrieb vorn 57 f.) Verhaltensabstimmung begründete sie damit, "dass Hertel den im gemeinsamen Einvernehmen mit P.C.E. aufgestellten diskriminierenden Tarif angewendet" habe. (A.a. O. 37) Dessen Erlass waren im übrigen ausführliche informelle Kontakte vorausgegangen. – Vergl. im Zusammenhang auch STÖVER 99 und (kritisch) GRAUEL 485.

89 Vergl. als Beispiel den vorn (Bd. 1, 159 Fn. 36) angezeigten General Motors-Fall.

rates.[90] Mit dem Zwang, vertikale Intervention einer der in Art. 85 abschliessend aufgezählten Beschränkungsvorkehren zu unterstellen, eröffnen sich offenkundig *Risse im Wettbewerbssicherungssystem.* Sie klaffen zwischen dem Erfordernis wechselseitigen Zusammengehens nach Art. 85 und der Marktbeherrschungsvoraussetzung nach Art. 86. Dem Europakartellrecht entgeht das vertriebspolitische Diktat eines (nicht marktmächtigen) Herstellers ohne aktive Teilhabe der Händler. Man mag diese Lücke wettbewerbspolitisch bedauern[91]. Nach dem Vertragstext lässt sie sich jedoch bestenfalls dadurch verengen, dass bei der Auslegung der beiden unterstellungsbegründenden Begriffe der "Marktbeherrschung" und der "Verhaltensabstimmung" die Wirklichkeit solcher faktischer Wettbewerbsbeschränkungen – im Hinblick auf die Schutzfunktion der Kartellregeln – stärker berücksichtigt wird.

### 3. Insb.: Die Selektion

Nach den Vertriebsregelungen im Rahmen von "qualified refusals to deal" bleibt nunmehr die Selektion ("unilateral refusal to deal") selber auseinanderzusetzen.[92] Diese *einfache Geschäftsverweigerung* vollzieht sich wesensgemäss ohne jedwede händlerische Mitwirkung. Der Eingleisigkeit des Willensbildungsprozesses wegen fehlt es an der geforderten kollektiven Veranstaltung der Konkurrenzbeschränkung.[93] Art. 85 fällt aus[94]; er enthält mithin

90 Abermals muss eine echte Kooperation vorliegen. Gelegentlich mag unklar sein, ob inferiore Kontroll- und Meldeaufgaben der Händler für ein konspiratives Zusammenspiel noch hinreichen. (Illustrativ zu all diesen Fragen die Verhandlung der amerikanischen Praxis bei BELKE, Kundenbeschränkung, 44 f.).

91 Es sei erneut an die Tatsache erinnert, dass jede Form vertikaler Intervention grundsätzlich Wettbewerbsverluste erzeugen kann. (Vergl. vorn 152 f.) Die Scheidung zwischen förmlichem und faktischem Verhalten ist zumal im Lichte des Schutzgutes "Händlerfreiheit" fragwürdig. (Darüber vor allem die Kritik an der amerikanischen Colgate-Doktrin bei BELKE, Kundenbeschränkung, 31 f.).

92 Zu dieser Unterscheidung vorn 152.

93 Gegen die Unterwerfung einfacher Selektionen auch SCHLUEP, AVV I, 140, GRAUEL 486, BECHTOLD, Vertriebssysteme, 186, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 204 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 191.

kein umfassendes Verbot eines "refus de vente".[95] Über dessen Anwendbarkeit entscheidet sonach, ob die Kundenbeschränkung im Rahmen eines 1-stufigen Selektivvertriebs stattfindet oder ob sie (mittels konspirativer Absprache) auf benachbarte Marktstufen überwälzt wird (2-stufiger selektiver Vertrieb).[96] [97]

Einem solchen Ergebnis widersteht auch die Aufnahme der *Diskriminierung* im Beispielkatalog des Abs. 1 nicht.[98] Denn dieser hat unbestrittenermassen bloss eine die Generalklausel erläuternde Bedeutung.[99] In der Folge muss die Diskriminierung ebenfalls Gegenstand oder Ergebnis einer kollektiven Wettbewerbsbeschrän-

94 Obzwar die herstellerische Abnehmerbeschränkung Intra-brand-Konkurrenz unter Händlern zu hemmen vermag, ist – angesichts dieses Mangels im Tatbestand – eine allfällige "Wettbewerbsbeschränkung" nicht mehr zu untersuchen. (Missverständlich die Kommissionsausführungen im 4. Wettbewerbsbericht; vergl. auch die Bedenken von BENISCH bei STÖVER 106 f.).

95 So ausdrücklich Generaldirektor SCHLIEDER (CANENBLEY, Diskussionsbericht, 201) und GRAUEL (486).

96 Diese Unterscheidung wird bei kartellrechtlichen Auseinandersetzungen um europäische Vertriebssysteme des öftern herausgestellt. (Vergl. STÖVER 106 und CANENBLEY, Diskussionsbericht, 201; ferner GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 191 f.) – Sie ist immerhin dahingehend zu ergänzen, dass auch Selektivvertrieb auf der 1. Stufe Art. 85 unterfällt, sobald die Selektion vertraglich abgesichert ist. (Bsp.: Absatzbindungen, Querliefervorschriften).

97 Keine derart stringente Trennung erfordert beispielsweise das *deutsche Kartellrecht.* Man befindet über selektive Vertriebssysteme namentlich auf der Vorlage von § 26 Abs. 2 GWB (vergl. z.B. HEFERMEHL 275 f., BENISCH, Kommentar II, 59 f., ders., Diskriminierungsverbot, 546 f., TESSIN, Markenartikelvertrieb, 684 f.), der sowohl die einfache Verkaufsverweigerung wie die vertraglich weitergeleitete Kundenbeschränkung einschliesst. (Vergl. SCHRICKER 533, HEFERMEHL 287, BELKE, Geschäftsverweigerung, 341 und BECHTOLD, Vertriebssysteme, 186). – Zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche der beiden Bestimmungen (beim 2-stufigen Selektivvertrieb) LEHMPFUHL, Verträge, 625 f., insb. 631 f.

98 Art. 85 Abs. 1 lit. d.

99 Die Aufzählung der Wettbewerbsbeschränkungstypen ist nicht abschliessend und formt keine Per-se-Tatbestände. (Statt vieler MAILÄNDER, Kommentar, 210, BAROUNOS/HALL/JAMES 46 f., GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 116, WILDANGER/MÜLLER 118, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 185 und DERINGER, Kommentar, Rn. 51 zu Art. 85 Abs. 1).

kung sein.[100] Das Europakartellrecht normiert mithin kein allgemeines Diskriminierungsverbot.[101]

Die Sachlage schlägt aber unvermittelt um, sobald im Selektionsprozess *Marktmacht* auftritt. Art. 86 erfasst Abschlussverweigerungen, die als "missbräuchliche Ausnützung einer beherrschenden Stellung" offenbar werden. Hiebei interessiert zumal die Umkehrfrage, ob jede *Kundenbeschränkung* den Hersteller Art. 86 zuführe, sonach notgedrungen *Marktbeherrschung* verrate.

Sicherlich ist die Liefersperre ein Kind unvollkommener Märkte.[102] Man mag daraus – trotz überzeugender Gegeneinwände[103] – sogar folgern, sie setze ein (nicht näher bestimmtes) Mindestmass an Marktstärke voraus.[104] Bedenken erwachen aber

100 VON GAMM 47, CUNNINGHAM, Competition Law, 57, BAROUNOS/HALL/JAMES 63, KNOPP, Individualverträge, 272, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 188, CANENBLEY, Diskriminierungsverbot im EWG-Kartellrecht, 165; ausführlich insb. ZIMMERMANN 200 f. und WILDANGER/MÜLLER 118 – Vergl. aber auch REINHART (Vertikale Verträge, 193), der eine Annäherung an ein individuelles Diskriminierungsverbot voraussieht.

101 So mit Nachdruck CANENBLEY, Diskriminierungsverbot im EWG-Kartellrecht, 165, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 151, MAILÄNDER, Kommentar, 212 und DERINGER, Kommentar, Rn. 50 zu Art. 85 Abs. 1; illustrativ der Rechtsvergleich bei ZIMMERMANN 180 f.

102 "Im vollkommenen Wettbewerbsmarkt fehlt für einen willkürlichen Ausschluss einzelner Käufer durch den Verkäufer jede Veranlassung. Da sich hier über das freie Spiel von Angebot und Nachfrage ein Marktpreis als Ausdruck des Marktgleichgewichts bildet und jeder Käufer damit rechnen kann, zu diesem Marktpreis beliefert zu werden, wäre eine irgendwie geartete Geschäftsverweigerung sinnlos. Würde ein Verkäufer die ihm gegebenen Absatzmöglichkeiten nicht ausnützen, so gingen die Kunden sofort zur Konkurrenz über." (BELKE, Geschäftsverweigerung, 29 f.; gl.M. auch RASCH 420).

103 Wie die Realien lehren, ist kooperativer Selektivvertrieb durchaus mittelständischen Herstellern zugänglich. (Vergl. zu dessen absatzwirtschaftlichen Vorzügen (auch) für Klein- und Mittelbetriebe vorn Bd. 1, 113 f.) – Wie hier SCHULTE-MÄTER 104, RITTNER, Kundenbeschränkung, 201 f., ders., Ausschliesslichkeitsbindungen, 17 f., BIEDENKOPF, Wettbewerbsbeschränkung, 32 f.; vergl. überdies LEHMPFUHL 25, DÜESBERG 470 sowie Generalanwalt REISCHL im Metro-Entscheid 1930.

104 So z.B. EWALD, Kontrahierungszwang, 253, MERZ, Kartellgesetz, 31 f., BELKE, Geschäftsverweigerung, 190 und ULMER, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 183; vergl. weiter STÖVER 98 und SCHWARTZ, Kommentar, 52.

spätestens, wenn mit der Kundenauslese zwangsläufig qualifizierte Marktmacht (im Sinne der Beherrschung) verkoppelt wird. Diese Theorie vertritt vor allem SCHEUFELE. Nach ihm ist "vertikale Intervention nicht möglich..., wenn die Unternehmen vor- oder nachgelagerter Stufen zu andern Marktpartnern überwechseln können. Sie setzt vielmehr das Vorhandensein einer beherrschenden Stellung i.S. des Art. 86 voraus."[105]

Daran ist zwar soviel richtig, dass das Marktverhalten grundsätzlich ein Ermittlungskriterium für die Marktbeherrschung abgibt.[106] Im übrigen enthält Art. 86 jedoch kein "generalisierendes Unwerturteil über die potentielle Wettbewerbsschädlichkeit" irgendeiner Handlung.[107] Vom vermeintlichen Missbrauch von Marktmacht allein darf nicht auf deren Existenz geschlossen werden.[107a] Die Geschäftsverweigerung *kann* ein Unternehmen als marktbeherrschend entlarven, sie muss es aber nicht.[108] Selektion ist kein Per-se-Tatbestand eines unterstellungsbegründenden Marktverhaltens. Kommt dazu, dass der "market conduct"-Test nicht

105 SCHEUFELE, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1638; im gleichen Sinne ders., Selektive Distribution, 4 f. (mit Hinweis auf den Alleinvertrieb als Ausnahme).

106 Ebenso SPENGLER 516 f., DERINGER, Kommentar, Rn. 28 zu Art. 86, BLECKMANN 325, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 368 f., GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 182 f.; aus der Spruchpraxis des Gerichtshofes vor allem United Brands 286 f.; vergl. auch die Zurückhaltung bei BOLLACK 238 und NYMPHIUS 204, die diesem "subjektiven Kriterium" bestenfalls Indizfunktion zugestehen. – Ablehnend MARKERT, United Brands, 54.

107 MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 369 f., mit Hinweis auf das seitenverkehrt konzipierte französische Recht. (Darüber auch BELKE, Geschäftsverweigerung, 190 und NYMPHIUS 205 f.).

107a In diesem Sinne neuerdings auch der Gerichtshof. Nach ihm kann es zur Feststellung einer beherrschenden Stellung "zweckmässig sein, gegebenenfalls Tatsachen zu berücksichtigen, die als missbräuchliches Verhalten angeführt worden sind, ohne dass damit diese Eigenschaft bereits als festgestellt gelten müsste." (United Brands 286 f.).

108 Gl.M. SPENGLER 517, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 182 f. und MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 370; anders wohl DERINGER, Kommentar, Rn. 28 zu Art. 86. – EWALD (Kontrahierungszwang, 253) redet bezeichnenderweise von "Marktmacht, die keineswegs mit Marktbeherrschung oder gar Monopolmacht identisch zu sein braucht."

einziger Anknüpfungspunkt für die Marktmachtdiagnose ist. Ihr müssen auch andere Gesichtspunkte, insb. Marktanteil, -struktur und -ergebnisse, einfliessen. Letztendlich darf keines dieser Kriterien verselbständigt werden.[109]

Ist hingegen die "beherrschende Stellung" des Selektierenden – aufgrund umfassender Nachprüfungen – erwiesen, hindert nichts daran, seine Händlerauslese der Missbrauchsaufsicht von Art. 86 zu unterstellen.[110]

109 So die h.M.: Vergl. etwa NYMPHIUS 197 f., BOLLACK 234 f., SPENGLER 515 f., MARKERT, United Brands, 53, DERINGER, Kommentar, Rn. 25 f. zu Art. 86, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 361 f., GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 182 f. und BLECKMANN 325. – Rechtsvergleichend konsultiere man aus dem Schweizer Schrifttum zu Art. 3 KG SATTLER 61 f., ALLEMANN 223 f., SCHLUEP, Rule of Reason, 66 f., ZWEIFEL 120 sowie die Studie von RICHLI P., Marktmacht und Marktform, WuW 1977, 111 f. – Die Mannigfaltigkeit der Bewertungskriterien wird neuerdings besonders klar aufgezeigt im Urteil United Brands 287 f.

110 Statt aller SCHLUEP, AVV I, 97. – Eingehend zu den "Missbrauchsfällen" durch Selektivvertrieb SCHEUFELE, Selektive Distribution, 10 f. – Vergl. aus der Kommissionspraxis etwa Hugin/Liptons 30 f.

## § 5 Wettbewerbsbeschränkung

### I. Die "Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs" im allgemeinen[1]

Einige Konturen dieses Tatbestandselementes sind bereits vorgezeichnet worden.[2] Daraus ist nunmehr ein geschlossener Begriff der "Wettbewerbsbeschränkung" zu gewinnen. Selbstredend wird vornehmlich über Fragen referiert, die den selektiven Vertrieb und die vertikale Intervention angehen.

a) Nichts nötigt, dem Begriff des Wettbewerbs eine bestimmte *ökonomische Theorie* zu unterlegen.[3] Er weicht im Grundsatz nicht von dem anderer Kartell- und Monopolordnungen ab.[4] Eine eigenständige (wettbewerbspolitische[5]) Deutung mag er allenfalls aufgrund seiner Integrationsfunktion erfahren.[6]

1 Nur am Rande hingewiesen sei auf die lange Zeit kontroverse Frage nach der *Prüfungsreihenfolge* der Normelemente in Abs. 1. Wer der Zwischenstaatlichkeitsklausel (spezifischen) materiellrechtlichen Rang beimisst (vergl. hinten 179 f.), wird sie erst nach der "Wettbewerbsbeschränkung" prüfen dürfen. Denn alsdann qualifiziert sie (erwiesene) Konkurrenzstörungen als gemeinschaftsrelevante Sachverhalte, in Abgrenzung von den den Nationalkartellrechten verbleibenden. (Vergl. ULMER, Nationale Wettbewerbsbeschränkungen, 79) Die Kommission war – gegensätzlich zu einer älteren Gerichtshofpraxis – von Anbeginn in dieser Abfolge vorgegangen. (Vergl. zum Streite etwa SCHLIEDER, Vertikale Kooperation, 147, KIRSCHSTEIN, AVV, 778, ders., Bierlieferungsverträge, 90, SCHWANKE 133 und TEICHMANN 680).

2 Vergl. vorn 25 f.

3 Wie hier GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 95, VON GAMM 43, MAILÄNDER, Kommentar, 198 und LEHMPFUHL 74; vergl. immerhin den Verweis auf "workable competition" im Urteil Metro 1905.

4 Dazu vor allem – mit vielen Fundstellen – SANDROCK, Grundbegriffe, 147 f.

5 Auf die Notwendigkeit einer Auslegung nach "kartellpolitischen Zielen" verweist insb. BELKE, Relevanter Markt, 242; für funktionale Interpretation auch VON GAMM 44 und DERINGER, Kommentar, Rn. 25 zu Art. 85 Abs. 1.

6 Ähnlich MAILÄNDER, Kommentar, 198 und VON STOEPHASIUS 12 f. – Zur Bedeutung des Wettbewerbs als Motor der Marktverschmelzung vorn 20.

b) *Schutzobjekt* ist dem Prinzipe nach jede Wettbewerbsform, Händler- wie Hersteller-, Inter-brand- wie Intra-brand-Konkurrenz.[7] Fraglich bleibt allerdings, wieweit gegenläufige Wirkungen auf die einzelnen Unterformen saldiert werden dürfen, ob etwa die Fesselung des produktinternen Wettbewerbs deshalb hinzunehmen ist, weil sie mit einer (höher veranschlagten) Anfachung des produktexternen einhergeht. Für die Zulassung einer derartigen Bilanzierung kommt alles darauf an, ob man dem EWG-Kartellverbot eine *Rule of Reason*[8] unterlege. Diese wettbewerbspolitische Kardinalfrage kann zunächst nicht pauschal beantwortet werden. Vielmehr sind eine *wettbewerbstheoretische* und eine *wirtschaftspolitische* Vernunftregel auseinanderzuhalten[9]: Nach der ersteren hat die marktwirtschaftlich verfasste ökonomische Ordnung schlechthin normativen Charakter. Sie ficht ausschliesslich mit Argumenten der Konkurrenzfreiheit, indem die (einzelwirtschaftliche) Interessenlage und die Verhandlungsposition der betroffenen Dritten zum alles entscheidenden Bewertungsmassstab erhoben werden. Ihre Erwägungen der "reasonableness" bleiben innerhalb der Spannweite des Wettbewerbsbegriffs. Dagegen fliessen in die wirtschaftspolitische Rule auch meta-kompetitive Gesichtspunkte ein. Sie gestattet mithin eine Rechtfertigung durch Rekurs auf (irgendwelche) gesamtwirtschaftliche Vorzüge.[9a] Nun ist sinnfällig, dass der Verbotsnorm niemals eine wirtschaftspolitische Vernünftigkeitsklausel eingebaut sein kann. Durch eine derweise umfassende Interessenabwägung verlöre nicht nur Abs. 1 jeden fasslichen Rahmen, sondern auch die Freistellungsordnung von Abs. 3 jeden

7 Vergl. vorn 34 f.

8 Über das Konzept der Rule of Reason (insb. im US-Antitrustrecht) vergl. z.B. SCHLUEP, Rule of Reason, 36 f., WILLEMSEN 241 f., HAYMANN 135 f., NEALE 20 f., LOEVINGER L., Die Rule of Reason im amerikanischen Antitrustrecht, WuW 1964, 588 f. sowie die beiden Arbeiten von JOLIET und SANGMEISTER.

9 Zu dieser (auf BORCHARDT/FIKENTSCHER (34 f.) zurückgehenden) Unterscheidung und zum folgenden vergl. BALDI 124 f., SCHLUEP, AVV I, 153 f. resp. 162 f., WILLEMSEN 245 und HAYMANN 141; näheres darüber auch hinten 215 f.

9a Zu weiteren Formen der Rule of Reason BORCHARDT/FIKENTSCHER 40 f.

Sinn.[10] Eine Reihe von Autoren votieren immerhin für eine Anwendung des Kartellverbots unter einer wettbewerbstheoretischen Rule of Reason.[11] Die Praxis begnügt sich indessen mit einer formalen Wettbewerbsbeschränkung. Nachdem der Gerichtshof im Fall Minière/Maschinenbau Ulm noch eine diesbezüglich missverständliche Berücksichtigung von Begleitumständen gefordert hatte[12], lässt die konstante neuere Rechtsprechung der Kommission (ausserhalb der quantitativen Spürbarkeit)[13] keine weiteren wettbewerbstheoretischen Billigkeitserwägungen zu.[14] Dieser Doktrin ist beizupflichten: Nur eine weite Fassung der Verbotsvorschrift ermöglicht die für die Zielverwirklichung im Gemeinsamen Markt unerlässliche umgreifende Aufsicht über Wettbewerbsbeschränkungen. Gerade die Ausgestaltung des europäischen Kartellverfahrensrechtes (mit der Anmeldepflicht für nach Abs. 1 unter-

10 So auch die h.L. (freilich meist ohne die obgenannte Differenzierung): Vergl. IPSEN 621, MAILÄNDER, AVV, 839, DERINGER, Kommentar, Rn. 42 zu Art. 85 Abs. 1, SCHRÖTER 115, KLEEMANN, Wettbewerbsregeln, 36, HONIG/BRAUN/GLEISS/HIRSCH 16, JOHANNES, Besprechung, 79, KIRSCHSTEIN, AVV, 785 BELKE, Relevanter Markt, 252 f., KOENIGS, Italienische Republik, 346, GRAUPNER, Rules of Competition, 21 f., BEIER 86 und HAGENAUER 147.

11 Nicht selten begegnet man insb. der Theorie einer normsystematischen Aufsplitterung der Vernünftigkeitserwägungen, wonach in *Abs. 1* eine *wettbewerbstheoretische* und in *Abs. 3* eine *wirtschaftspolitische* Rule regiere. (So etwa SCHLUEP, AVV I, 153 f. resp. 162 f. und WILLEMSEN 257; vergl. auch JOLIET 59 f. resp. 109 f. und JACQUEMIN 223 f.) – Für Einführung einer (nicht näher substantiierten) Rule of Reason auch WOLF 653. – Vergl. im Zusammenhang mit der Beurteilung von Ausschliesslichkeitsbindungen ferner OSTEN 217 f. und (mit einem Vermittlungsversuch) RUHWINKEL 69 f.

12 Urteil Minière/Maschinenbau Ulm 304; ähnlich De Haecht 556. – In der Tat mochte man die Ausführungen des Gerichtshofes als Aufforderung zur Vornahme einlässlicher Marktuntersuchungen deuten. (So WILLEMSEN 252 f. und SCHLUEP, AVV I, 153; vergl. aber die Konträrmeinung bei HAYMANN 146 und BALDI 210 f.).

13 Dazu hinten 132 f.

14 Vergl. – mit einschlägigen Fundstellennachweisen – BALDI 199 f.; gleich interpretieren die Kommissionspraxis WILLEMSEN 261 f. (insb. 272) und HAYMANN 146.

sagte Vorkehren) hält zu einer solchen Verschiebung der Vernunftprüfung in die Freistellungsklausel an.[15] [16]

Diese gesetzessystematische Ortung der Rule-Problematik macht klar, dass eine *Saldierung* von "guten" und "schlechten" Auswirkungen auf die einzelnen Wettbewerbsformen im Rahmen von Art. 85 Abs. 1 nicht stattfinden darf.[17] Somit ist jeder spürbare Eingriff in jede der genannten Spielarten der Konkurrenz "Wettbewerbsbeschränkung" im Sinne des Verbotstatbestandes, gleichviel, ob in der komplementären sich strukturelle oder dynamische Verbesserungen einstellen. Dieses Ergebnis ist auch aus einer grundsätzlicheren gemeinschaftsrechtlichen Sicht erwünscht, weil gerade Intra-brand- und Händlerkonkurrenz eine eigenständige wettbewerbs- und integrationspolitische Funktion wahrnehmen.[18]

c) Unter Obhut von Art. 85 stehen ebenfalls alle *Unterformen des Wettbewerbs* hinsichtlich der unternehmerischen Aktionsparameter.[19] Das Verbot gilt sowohl für Beschränkungen der Preis-,

15 Den Zusammenhang zwischen der materiell-rechtlichen Rule-Konzeption und den Freistellungsmodalitäten hat namentlich BALDI (274 f.) herausgearbeitet. Mit Recht weist er darauf hin, dass die Anmeldepflicht eine die Rechtssicherheit der Vertragsparteien berücksichtigende klare Interpretation der Verbotsbestimmung erheischt. (Vergl. im Kontext auch RUHWINKEL 72) Dies ermöglicht aber nur eine formale, d.h. wettbewerbstheoretische Korrektive (vorläufig) vernachlässigende Fassung von Art. 85 Abs. 1. Die nötige materiell-qualitative Saldobilanz wird nachgehend in Abs. 3 vollzogen. BALDI gelangt alsdann zur treffenden Schlussfolgerung, es sei – angesichts der durch die Freistellungsordnung gesicherten differenzierten Beurteilung von Wettbewerbsstörungen – "nur sinnvoll und kartellpolitisch zweckmässig, mittels einer strengen Verbotsnorm die den zwischenstaatlichen Wettbewerb in der Gemeinschaft gefährdenden kollektiven Vorkehren möglichst umfassend überhaupt einmal zu erfassen." (275) – A.M. OSTEN (217 f.), der offensichtlich gerade aus verfahrensrechtlichen Gründen (Verminderung des Verwaltungsaufwandes) in Abs. 1 wettbewerbstheoretisch bilanzieren will.

16 Noch nichts ist vorderhand darüber ausgesagt, ob die Freistellungsklausel selber unter einer wettbewerbstheoretischen oder (auch) unter einer wirtschaftspolitischen Rule of Reason stehe. (Einlässlich hinten 215 f.).

17 Gl.M. MAILÄNDER, Kommentar, 201 und HAYMANN 145 f.

18 Vergl. vorn 35 f.

19 Zu der Aufteilung von Wettbewerbsarten nach den unternehmerischen Aktionsparametern vorn Bd. 1, 268 f.

der Qualitäts-, der Nebenleistungs- wie der Werbekonkurrenz.[20] Auch in diesem Belange herrscht Eigenständigkeit der Schutzgüter, kann also keine Aufrechnung von Störungs- und Förderungseffekten erfolgen.[21]

d) Die vorausgenommene Zielformeldiskussion hat aufgezeigt, dass das Europakartellrecht (grundsätzlich) sowohl der *Institution* "Wettbewerb" wie auch der *Individualfreiheit* der Wettbewerber sich annimmt.[22] Hievon unabhängig[23] stellt sich aber nun die Frage einer Rezeption der (deutschen) *Gegenstandstheorie* in Art. 85 Abs. 1.

Eine solche dogmatische Gleichschaltung ist (mit der mittlerweile h.M.) abzulehnen.[24] Denn – vom Vertragstext ausgegangen – ist nicht erkennbar, wie das Erfordernis einer förmlichen Absprache sich mit der Eingriffsvoraussetzung des "Auswirkens" abstimmen liesse.[25] Ihm steht auch eine funktionale Auslegung des

20 Ebenso BLECKMANN 303, DERINGER, Kommentar, Rn. 28 zu Art. 85 Abs. 1 und GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 95 f.; ferner KÖNIG 95, BALDI 203, IPSEN 620.

21 Mithin haben die eben angestellten Erwägungen zur wettbewerbstheoretischen Vernunftregel auch für eine diesbezügliche Gegenüberstellung von polaren Konkurrenzwirkungen Gültigkeit. (Mit gleichem Ergebnis GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 95 f. und DERINGER, Kommentar, Rn. 28 zu Art. 85 Abs. 1).

22 Vorn 31 f.

23 Dass sich die Ausgangspositionen der Problemkreise um den Dritt-/Parteienschutz und um die Gegenstands-/Folgetheorie nicht decken, zeigt sehr schön die Fallgruppenbildung bei JOHANNES, Begriff, 413 Fn. 47. – Gl.M. auch EMMERICH, Auslegung, 316 und HOPPMANN, Bagatellkartelle, 94.

24 Anders z.B. noch GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 95 und BENISCH W., Die rechtliche Bedeutung des Zwecks von Kooperationsverträgen, DB 1969, 247 f., insb. 250.

25 So vor allem – mit Hinweis auf die anderssprachigen Vertragstexte – JOHANNES, Begriff, 413; vergl. auch MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 226. – Selbst mit Blick auf die subjektive Zweckprüfung liesse sich die Gegenstandstheorie nur mühevoll aufrechterhalten. Denn in der Tat "müsste man bezweckte (und bewirkte) Wettbewerbsbeschränkungen vom Verbot ausnehmen, wenn die bezweckte Wirkung nicht Gegenstand des Vertrages war." (SCHLUEP, AVV I, 95) – Gegen eine Übernahme gleichermassen GÜNTHER, Begriff, 124 f., KIRSCHSTEIN, AVV, 782 und EMMERICH, Auslegung, 316.

Normelements der "Wettbewerbsbeschränkung" entgegen. Niemand vermöchte einzusehen, wieso die Offenhaltung der Märkte gerade davon abhangen sollte, ob die Kontrahenten den Verstoss (zufällig) expressis verbis zum Vertragsinhalt erhoben haben. Die Unhaltbarkeit eines derartigen Ansatzes deckt gerade die vertikale Intervention auf, bei der die Wettbewerbsschädlichkeit der (nicht Parteipflicht bildenden) Drittwirkungen über die (abgesprochenen) Parteiwirkungen dominieren.[26] Eine beharrlich durchgehaltene Gegenstandstheorie würde ihre kartellrechtliche Erfassung weitgehend ausschliessen.[27]

e) Dem Zwecke von Art. 85 widerstrebt auch die (mit der Rule of Reason verwandte) *Ancillary-Doktrin.* Diese erlaubt bekanntlich wettbewerbsbeschränkende Nebenabreden, soweit sie im Dienste gebilligter Hauptabreden stehen.[28] Ein solches Formalkriterium taugt wenig für einen sauberen Trennstrich zwischen verpöntem und erlaubtem Konkurrenzverhalten. Denn einmal betrifft dessen Rechtfertigungsphilosophie das Parteiinnenverhältnis. Ein (letztlich zivilistischer) Billigkeitsgedanke ("legitimate business reasons") wird den äusseren Marktstörungen entgegengehalten.[29] Vor allem aber ist die Unterscheidung zwischen dienenden und selbständigen Wettbewerbsbeschränkungen nicht berufen, den "normalen" vom konkurrenzschädlichen Vertrag abzusondern. Mithin sind keine Zivilrechtsinstitute kartellrechtlich per se unver-

26 Die Kontroverse wird in Deutschland bezeichnenderweise nur im Rahmen des Rechts der Horizontalkartelle (§ 1 GWB), nicht aber der Vertikalbeschränkungen (§ 15 f.) geführt. (Vergl. statt aller – mit Fundstellenübersicht – LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT 64 f.).

27 Wie SCHLUEP nachweist, müsste die gemeine Gegenstandstheorie für eine Unterstellung von Vertikalsachverhalten modifiziert werden auf "formale Beschränkungen des Wettbewerbs auf Grund einer Verpflichtung aus horizontaler Vereinbarung oder als Folge einer horizontalen Wirkung vertikaler Abreden." Bei einer solchen Ausdehnung verlöre sie aber ihren "heuristischen Wert". (SCHLUEP, AVV I, 94 f.).

28 Zur Lehre der "ancillary restraints" SCHULTE-MÄTER 75 f., SCHLUEP, Rule of Reason, 55 f., ders., AVV I, 61 f.; vergl. auch SANGMEISTER 11 f., WILLEMSEN 251 und HAYMANN 135 f.

29 Ausführlicher MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 227 f.; vergl. auch HAYMANN 126.

dächtig. Wie MESTMÄCKER zutreffend dartut, kann nahezu "jede Rechtsform .....in den Dienst der Wettbewerbsbeschränkung gestellt werden." Deshalb ist allemal "im Einzelfall zu prüfen, ob Institute des Privatrechts nach Zweck, Handhabung oder Wirkung auf die von ihnen geregelten Interessen beschränkt bleiben, oder ob sie darüber hinaus auch wettbewerbsrechtlich erheblich sind."[30]

Diese allgemeinen Lehren bestätigen sich wiederum sinnfällig für den selektiven Vertrieb, dessen einschneidende Aussenwirkungen in ausgeprägtem Missverhältnis zu einer etwaig angerufenen zwischenparteilichen "Billigkeit" stehen können. Ausserdem prägt ihn eine Mannigfaltigkeit der Interventionsformen (mit Ausweich- und Umgehungsvarianten), der nur ein Verdikt von Fall zu Fall gerecht wird.[31] Jede Pauschalbefreiung – beispielsweise unter dem Titel der "Interessenwahrnehmung"[32] – wäre sachfremd. Letztendlich lassen sich nämlich (betriebswirtschaftlich) sämtliche Vertikalbeschränkungen als "operationale Hilfsbindungen eines Selektivabsatzsystems" kennzeichnen.[33]

f) Die Wettbewerbsbeschränkung[34] muss – im Sinne echter Alternativität – *bezweckt* oder *bewirkt* sein. Mit dieser Vorverlegung des Schutzbereichs auf die subjektive Anknüpfung der Zweck-

30 MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 228; gl.M. (im Zusammenhang mit Wettbewerbsverboten in Unternehmensveräusserungsverträgen) NEUMANN, Aufhebung, 197; dazu ebenfalls MESTMÄCKER, Ausschliesslichkeitsverträge, 623. – Für den Einbau einer (allerdings sorgsam ausgegrenzten) Ancillary-Doktrin z.B. SCHLUEP, AVV I, 92; dagegen HAYMANN 144.

31 Man denke etwa an die Schwierigkeit in der Bestimmung der Grenzlinie, auf der eine kaufvertragliche (Mindest-)Abnahmevorschrift das Gepräge einer Bezugsbindung für Fremdwaren annimmt.

32 Statt vieler HELLMANN/PFEIFFER 246; vergl. zum Begriff auch RITTNER, Ausschliesslichkeitsbindungen, 115 f.

33 So – im Zusammenhang mit der "location clause" der amerikanischen Automobilproduzenten – SCHMITT 122.

34 Hier nicht auseinandergesetzt wird die Frage des Verhältnisses zwischen den Begriffen *"Verhinderung", "Einschränkung"* und *"Verfälschung"* des Wettbewerbs. Meist wird letzterem der Rang eines "Oberbegriffs" zugemessen oder eine augenfällige Unterscheidungsfunktion schlechtweg negiert. (Vergl. etwa MAILÄNDER, Kommentar, 201, BLECKMANN 304, DERINGER, Kommentar, Rn. 24 zu Art. 85 Abs. 1, SCHULTE-MÄTER 12, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 94 und dies., EWG-

setzung schafft Art. 85 einen Gefährdungstatbestand. Er erhält eine (für das vertikale Wettbewerbsbeschränkungsrecht besonders willkommene) Erleichterung der Beweisführung, gebaut auf der Erkenntnis, dass nur Marktvorkehren mit Realisierungsgewähr überhaupt in Aussicht genommen werden.[35] Weil den Eintritt messbarer Ergebnisse abzuwarten sich erübrigt,[36] mag man in der Tat von einer "subjektive(n) per se-Figur"[37] reden. Die Zweckprüfung selber muss umfassend ausfallen[38] und geht der Erfolgskontrolle voraus.[39]

Kartellrecht, 79; anders SCHWANKE 153, EMMERICH, Auslegung, 314 und MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 223; ausführlich vor allem SANDROCK, Grundbegriffe, 226 f. und ZEITLER G., Die Wettbewerbsverfälschung – ein Spezialfall der Wettbewerbsbeschränkung, WuW 1963, 477 f.) – Nähere Erörterung kann unterbleiben. In jedem Fall sind die Eingriffsvoraussetzungen derart gedehnt, dass darin sämtliche Beeinträchtigungen des Wettbewerbs Platz finden.

35 In dieser Beweiserleichterung liegt der eigentliche praktische Sinn der Zweckprüfung. (Richtig MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 224, gegen GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 105 f.).

36 DERINGER, Kommentar, Rn. 33 zu Art. 85 Abs. 1, BLECKMANN 304, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 224 f., MAILÄNDER, Kommentar, 204 sowie Grundig/Consten 390 f.

37 SCHLUEP, AVV I, 159.

38 Der Zweck kann aus dem Vertragsinhalt selber, aber auch aus den *"Begleitumständen"* herausgelesen werden. Eine Absichtsdeklaration ist nicht erforderlich. (Vergl. SCHLIEDER, Vertikale Kooperation, 146, LE TALLEC 439 f., MAILÄNDER, Kommentar, 204, BLECKMANN 304, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 105, dies., EWG-Kartellrecht, 83, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 226, SCHLUEP, AVV I, 89, DERINGER, Kommentar, Rn. 33 zu Art. 85 Abs. 1 und das Urteil Minière/Maschinenbau Ulm 303). – Einlässlich zum Tatbestandsmerkmal des "Bezweckens" insb. LUEDERITZ H., "Bezwecken" einer Wettbewerbsbeschränkung – eine rechtsvergleichende Untersuchung zum amerikanischen Antitrustrecht und zu Art. 85 Abs. 1. EWGV, Diss. München 1972.

39 Es ist schales Gebot der Verfahrensökonomie, die (aufwendigere) Untersuchung der Folgen zu unterlassen, sofern eine entsprechende Intention nachgewiesen ist. (Gl.M. BELKE, Relevanter Markt, 246, SCHWANKE 154 f., MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 226, LE TALLEC 439, GLEISS/HOOTZ 311, SCHRÖTER 116 sowie die Entscheide Minière/Maschinenbau Ulm 303 und Rieckermann/AEG-Elotherm 26; anders VON GAMM 43 und GLEISS, Urteile, 171 f.).

Misslingt der Nachweis einer Parteiabsicht, müssen konkurrenzschädliche Wirkungen aufgezeigt werden.[40] Im Streite liegt hiebei vor allem die *Kausalitätsfrage* nach der "ursächliche(n) Verknüpfung zwischen Anlass und Wirkung".[41] Entgegen der vorherrschenden Auffassung[42] ist jedes Zurechenbarkeitserfordernis zu verneinen und – in Anlehnung an eine Rechtsprechung des Gerichtshofes[43] – einzig auf den "rechtlichen und wirtschaftlichen Gesamtzusammenhang" abzustellen.[44] Dies erweist vor allem die Auseinandersetzung mit Systemen vertikaler Parallelverträge.[45] Deren Wettbewerbsschäden hangen in keiner Weise von der Anzahl eingespannter Einzelunternehmen ab. Sie müssten aber ausser Reichweite des Kartellverbotes bleiben, gelänge den Initianten eine hinreichende Aufsplitterung der "Verantwortlichkeit" der Individualabreden. Gleiche Marktstörungen würden ungleich behandelt, je nachdem sich der einzelne Verursacher unterhalb einer irgendwie definierten "Adäquanzschwelle" zu halten vermöchte.[46] Ein wettbewerbspolitisch in jedem Fall stossendes Ergebnis![47] Tritt hinzu,

40 Für die rechtspolitische Legitimation der (selbständigen) Auswirkungsprüfung genuge der Hinweis, dass es beim Wettbewerbsschutz nie darauf ankommen kann, ob ihm der Störer mit Wissen und Willen zuwiderhandelt. (Aufschlussreich in diesem Zusammenhang etwa der Kawasaki-Fall (13), in dem die Kommission die Berufung des Wettbewerbsstörers auf Irrtum zufolge unrichtiger Rechtsauskunft verwarf).

41 MAILÄNDER, Kommentar, 205.

42 Sie verlangt im wenigsten eine sozialadäquate Verursachung. (Vergl. etwa VON GAMM 43, DERINGER, Kommentar, Rn. 32 zu Art. 85 Abs. 1, BLECKMANN 304, MAILÄNDER, Kommentar, 205; noch strenger KLEEMANN, Wettbewerbsregeln, 45 und GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 105).

43 Insb. De Haecht 557.

44 Darüber eingehender MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 229 f.

45 Vergl. vorn 42 f.

46 Das Problem, diese Schwelle ausreichender individueller Zurechenbarkeit auch nur einigermassen befriedigend festzulegen, sei anbei nur signalisiert. (Vergl. auch vorn 44 f.).

47 Gegen die Unterlegung einer Kausalitätstheorie auch MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 228 f. und BELKE, Relevanter Markt, 260 f.

dass sich ein Kausalitätszwang auch schlecht mit der persönlichkeitsrechtlichen Zielformel verträgt.[48]

g) Weiter steht das Tatbestandsmerkmal der "Wettbewerbsbeschränkung" unter der Parömie *"de minimis non curat praetor"*. Es erfüllt sich nur unter der Voraussetzung, dass freie Konkurrenz spürbar verhindert, eingeschränkt oder verfälscht wird. Dieser Bagatellvorbehalt gilt unbestrittenermassen bezweckten wie bewirkten Störungen.[49] Offen steht jedoch die Frage, wie solche *Spürbarkeit* zu messen sei. Die Kommission hat sich – nach windungsreicher (und uneinheitlicher) Spruchpraxis[50] – in ihrer Bekanntmachung[51] ein quantitatives Konzept zugelegt. Danach entgehen Art. 85 Vereinbarungen,

"– wenn die Erzeugnisse, die Gegenstand der Vereinbarung sind, und die sonstigen Erzeugnisse der beteiligten Unternehmen, die vom Verbraucher aufgrund ihrer Eigenschaften, ihrer Preislage und ihres Verwendungszweckes als gleichartig angesehen werden, in einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes nicht mehr als 5% des Marktes sämtlicher dieser Erzeugnisse ausmachen und

– wenn der gesamte Umsatz der beteiligten Unternehmen innerhalb eines Geschäftsjahres 50 Millionen Rechnungseinheiten nicht überschreitet."

Die "Bagatellbekanntmachung"[52] enthält nur Bewertungsrichtlinien[53] für die kommissionseigene Praxis, verpflichtet aber

48 Darauf verweist namentlich BELKE, Relevanter Markt, 261.

49 ULMER, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 185, SPORMANN, Aufweichung, 465, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 235; vergl. auch die Vorbringen der Kommission im Entscheid Völk/Verwaecke 300.

50 Vergl. die Übersicht bei WILLEMSEN 204 f.; dazu ferner SPORMANN, Aufweichung, 467 und MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 237 f.

51 Bekanntmachung über Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von geringer Bedeutung, die nicht unter Art. 85 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft fallen (ABl. C 64 vom 2.6.1970, 1, in der (revidierten) Fassung vom 29.12.1977, ABl. C 313, 3).

52 Angesichts der hohen Unterstellungsschwelle hat man bereits beim Ersterlass gefragt, ob überhaupt noch von einer Ausklammerung reiner *"Bagatell*-Fälle" die Rede sein dürfe. (SPORMANN, Entwicklung, 438 und ders., Aufweichung, 468).

weder Gerichtshof noch nationalstaatliche Instanzen. Ihren fehlenden Normativcharakter herauszustellen ist deshalb nicht belanglos, weil man sich mit guten Gründen einem derartigen ausschliesslich *quantitativen Spürbarkeitstest* entgegenstellen mag. Abgesehen von der wettbewerbspolitischen Konsequenz, dass sie "in die Mauer des grundsätzlichen Kartellverbots ein grosses Loch gerissen hat,"[54] kann zumal angeführt werden, dass Gesichtspunkte des Marktanteils und des Umsatzes lediglich für die Bestimmung der Marktbeeinflussung schlüssig seien und sie für die Abschirmung der Wettbewerbsfreiheit versagten.[55] In der Tat erscheint das individualrechtliche Schutzobjekt durch ein quantitativ gefasstes De-minimis-Prinzip durchlöchert.[56] Denn spürbare Freiheitsverluste vermögen durchaus auch Unternehmen deutlich unterhalb der Zuordnungsschwelle der Kommission auszulösen.[57] Mancherorten ist deshalb die Einkreisung der Spürbarkeit durch quantitative wie qualitative Erwägungen gefordert worden.[58] Eine solche Auslegung verbietet nun aber die wettbewerbstheoretische Grundkonzeption von Art. 85 Abs. 1. Wie vorstehend aufgezeigt, ist er als formalisier-

53 Die Kommission selber negiert normative Verbindlichkeit und behält sich abweichende Einzelfallbefunde vor. (Für flexible Handhabung auch MAILÄNDER, Kommentar, 203, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 190 f. und SPORMANN, Entwicklung, 437).

54 SPORMANN, Aufweichung, 468. – Man erinnere sich an die Berechnung, dass Art. 85 Abs. 1 bei deren Inkrafttreten auf einen Schlag zum "Sonderrecht" für ca. 5'000 Grossunternehmen im Gemeinschaftsraum wurde. (Vergl. HOLLMANN 195).

55 In diesem Sinne offenbar BELKE, Relevanter Markt, 253 f. und HOLLMANN 195; vergl. überdies EMMERICH, Auslegung, 302 und SCHEUFELE, Spürbarkeit, 389 (mit Schwergewicht auf der Handlungsfreiheit der Nachfrager).

56 Eine weitgehende Verdrängung im Gefolge des quantitativen Spürbarkeitsbegriffs droht vor allem dem Parteienschutz. (Vergl. – mit Hinweis auf Kommissionsnotizen – GÜNTHER, Begriff, 125 und SPORMANN, Aufweichung, 466).

57 Ebenso BELKE, Relevanter Markt, 252 f. und SCHEUFELE, Spürbarkeit, 389.

58 Z.B. SPORMANN, Aufweichung, 466; für Globalbetrachtung auch MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 236, SCHLIEDER, Vertikale Kooperation, 147 und VON GAMM 45 – Vergl. in diesem Zusammenhang weiter das Urteil Minière/Maschinenbau Ulm 304.

ter Tatbestand gehalten.[59] Und "weil eben nur die Veränderung und nicht die Verschlechterung von Drittstellungen erforderlich ist, genügt das Vorliegen tatsächlicher oder bezweckter Marktwirkungen, sofern diese nur ein bestimmtes Ausmass erreichen, während auf qualitative Aspekte der Wettbewerbswirksamkeit vorderhand nichts ankommt."[60] Demnach ist der Umschreibung der Spürbarkeit als quantitative Rule of Reason beizupflichten.[61] Jede weitergehende Abwägung im Rahmen der De-minimis-Klausel würde dem Kartellverbot eine umfassende wettbewerbstheoretische Vernunftregel einverleiben und damit den in Rede stehenden Prüfungsinhalt systemwidrig von Abs. 3 in Abs. 1 vorverlegen.[62]

h) Art. 85 erfasst endlich nur ein Verhalten, das eine *Wettbewerbsstörung "innerhalb des Gemeinsamen Marktes"* bezweckt oder bewirkt. Mit dieser Formel ist das wettbewerbspolitische Schutzgut in räumlicher Beziehung konkretisiert.[63] Im gleichen Zuge wird kollisionsrechtlich[64] darüber befunden, wann multiterritoriale Sachverhalte hinreichend mit dem Geltungsgebiet verknüpft sind, um dem europäischen Wettbewerbsrecht zu unterfallen. Längst stimmt man darin überein, dass in Art. 85 das *Auswirkungsprinzip* regiere.[65] Er greift immer (aber nur) dann auf Unterneh-

59 Vorn 124 f.

60 BALDI 222 f.

61 Vergl. zum Begriffspaar der quantitativen bzw. qualitativen Rule insb. WILLEMSEN 261 f.

62 Wie hier vor allem BALDI 221 f.

63 Vergl. VON STOEPHASIUS 16; ähnlich MAILÄNDER, Kommentar, 162.

64 Die Kollisionsrechtsordnung muss freilich, weil nicht ausdrücklich festgelegt, durch Interpretation der Sachnormen ermittelt werden. (Darüber HAYMANN 37 f.; vergl. auch HUG 615).

65 Aus dem unübersehbar gewordenen Schrifttum (als Auswahl) GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 106 f., dies., EWG-Kartellrecht, 30 f., SCHLUEP, AVV I, 89 f., ders., AVV II, 276, ULMER, Anwendungsbereich, 12 f., MAILÄNDER, Kommentar, 162 f., MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 154 f., STECKHAN 203 f., DERINGER, Kommentar, Rn. 29 zu Art. 85 Abs. 1, VON STOEPHASIUS 8 f., HAYMANN 37 f., IMMENGA U., Die extraterritoriale Anwendung des EWG-Kartellrechts nach dem Farbstoff-Urteil des Gerichtshofes, ZSR 1972, 417 f., KRUITHOF

menspraktiken, wenn sie freies Marktspiel im Gemeinschaftsgebiet gefährden. Daraus folgt schlüssig der Grundsatz der auch "extrakommunitäre(n) Anwendung"[66] auf ausserhalb der EG veranlasste oder von Nicht-Gemeinschaftsunternehmen inszenierte Wettbewerbsbeschränkungen.[67] Hingegen entgehen dem Anwendungsbereich Übereinkommen, die lediglich Spuren auf Drittmärkten hinterlassen.

Gerade für das vertikale Kartellrecht ist mit Nachdruck herauszustellen, dass das *Domizil* von Hersteller und Händler nichts über die Anwendbarkeit des Verbotstatbestandes aussagt.[68] Alles hängt mithin davon ab, woher oder wohin Warenströme gelenkt oder wo Angebote festgebunden werden. Auszumitteln ist allein, ob die seinstypische Konkurrenzbeeinträchtigung einer jeden Interventionsklausel hinreichende Verbindungen zum gemeinschaftlichen Geltungsraum aufweise. Dieses Wirkungsstatut ist hiebei sehr weit auszuziehen. Man wird den selektiven Vertrieb nur

R., The Application of the Common Market Anti-Trust Provisions to International Restraints of Trade, CMLRev. 1964, 69 f., MEESSEN K.M., Der räumliche Anwendungsbereich des EWG-Kartellrechts und das allgemeine Völkerrecht, EuR 1973, 18 f., HEER P., Die Auslegung des Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag unter besonderer Berücksichtigung der extraterritorialen Wirkung, Diss. Basel 1973, HASFORD H., Die Jurisdiktion der Europäischen Gemeinschaften zur extraterritorialen Wirkung des Gemeinschaftsrechts, Diss. Augsburg 1977. – Zur Frage des räumlichen Geltungsbereichs von Kartell- und Monopolregeln im allgemeinen BÄR, Problem, 104 f. und ders., Kartellrecht, 275 f.

66 MAILÄNDER, Kommentar, 162.

67 Diese Ausmarchung des räumlichen Geltungsbereichs befiehlt nicht nur der Vertragstext. Jedes andere Ergebnis widerstünde eminent dem *Zweck* des Europakartellrechts. Denn das "System des unverfälschten Wettbewerbs muss auf dem Gemeinsamen Markt unabhängig davon geschützt werden, ob es durch Handeln von Unternehmen innerhalb oder ausserhalb des Gemeinsamen Marktes beeinträchtigt wird." (MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 155; ähnlich MAILÄNDER, Kommentar, 162 f. und HUG 618) – Zur Anwendbarkeit auf Drittstaatunternehmen vergl. aus der Kommissionspraxis über Vertikalintervention die Entscheide Nicholas/Vitapro, Duro-Dyne/Europair, Omega, Grosfillex/Fillistorf und Bendix.

68 Vergl. auch GRAUEL 482, GLEISS, Urteile, 176, JOHANNES, Besprechung, 80, VON DER OSTEN 199, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 157, SCHWARTZ, Ausschliesslichkeitsverträge, 199, HEER 32 f., MARKERT, Béguelin/Marbach 167; a.M. wohl FRIGNANI 368.

dann davon fernhalten dürfen, "wenn er überhaupt keine Auswirkungen auf das Gebiet des Gemeinsamen Marktes hat."[69]

## II. "Wettbewerbsbeschränkung" und die einzelnen Klauseln des selektiven Vertriebs

### 1. Bindungen des Warenlaufs

#### a) Absatzbindungen

##### aa) Räumliche Absatzbindung (Alleinvertrieb)

Die (einfache) räumliche Absatzbindung (offener Alleinvertrieb) beschränkt den Wettbewerb im Sinne von Art. 85 Abs. 1.[70] Er hindert den Hersteller an jedem Verkauf ausserhalb der Exklusivbeziehung. Vor allem aber schlagen dessen *Drittwirkungen* zu Buche, nämlich der Ausschluss sämtlicher Konkurrenten des Gläubigers und die Überlagerung der Bezugsengpässe auf angrenzende Marktstufen. Solche Einschnitte in den *Intra-brand-* bzw. *Händlerwettbewerb* sowie in die Beschaffungsfreiheit der Abnehmer unterfallen dem Verbotstatbestand.[71] Zwar spielt produktinterne Kon-

69 So – für den Alleinvertriebsvertrag – SCHLUEP, AVV II, 278; vergl. auch MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 156.

70 VAN GERVEN 171, BAROUNOS/HALL/JAMES 97 f., HAGENAUER 148, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 123, dies., EWG-Kartellrecht, 193, MAIER/MEYER-MARSILIUS 29 f., MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 329, WINKEL 203 f., SANDROCK, Grundbegriffe, 505, BECKER, Vertical Agreements, 105, VON DER GROEBEN, Handbuch, 96, BELLAMY/CHILD 181, BALDI 422. – Anders die ältere Lehre: Vergl. GIDE/LOYRETTE/NOUEL 32, HOOTZ, AVV, 249, VON GAMM 52, TESSIN, AVV im EWG-Kartellrecht, 1262, NEUMANN, Ausfuhrverbote, 480, ders., Handelsvertreterverträge, 1496, MAILÄNDER, AVV, 842, PFEIFER 680 und DERINGER, AVV, 1589.

71 Diese wettbewerbspolitisch bedenklichen Fremdausschlüsse spielen auch bei Erzeugnissen ohne Warenzeichen. Daher kann für die Unterstellungsfrage nicht im vornherein zwischen Alleinvertrieb für markierte und unmarkierte Artikel gesondert werden. (A.M. BRAUN/GLEISS/HIRSCH 101 und VAN GERVEN 171).

kurrenz, solange Aussenseiter über die Grenze sich eindecken. Bezüglich des attraktiven Direkteinkaufs herrscht indessen ein die Marktverschmelzung belastendes Monopol.[72]

Weil die Verschaffung dieser räumlichen Privilegienstellung zwar nicht ausdrücklich erklärter, aber dennoch ureigenster Sinn der Alleinvertriebsklausel ist, deckt bereits die Untersuchung des *Zwecks* den Wettbewerbsverstoss auf.[73] Getrost darf hier eine besondere Art der Zweckprüfung Anwendung finden. Für gemeinhin schlüssige Marktfolgen wird eine entsprechende Parteiabsicht fingiert, gebaut auf die Einsicht: "He who will the means will the end."[74]

Die bekannten *Einwände* gegen das Wettbewerbsbeschränkungsattest verfangen nicht. So ist ohne Belang, dass die räumliche Absatzbindung unter Gruppenfreistellung der Kommission[75] steht. Denn solche Gruppenausnahme nach Abs. 3 greift der Frage nach der Verträglichkeit mit Abs. 1 nicht vor.[76] Auch dürfen keine dem Normelement der "Wettbewerbsbeschränkung" wesensfremde Rule-Gesichtspunkte angerufen werden. Dies gilt im besonderen

72 Man wird der Anwendung des Kartellverbots auf offene Alleinvertriebsverträge nicht entgegenhalten dürfen, er entfessle der noch möglichen Kollegenlieferungen wegen meistenteils keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung. (So aber BELKE, Relevanter Markt, 256 f.) Die De-minimis-Grenze ist nach quantitativen, nicht nach wettbewerbsbeschränkungstypologischen Gesichtspunkten auszuziehen.

73 Wie hier wohl SCHRÖTER 116 und EWALD, AVV, 114.

74 Stehen Ergebnis und Ursache nach allgemeiner Lebenserfahrung in einer offenkundigen Kausalkette, gestattet dieser *"antizipierte" Zwecktest* den Schluss vom "Bewirken" auf das "Wollen". (Vergl. darüber ausführlich – mit Fundstellen aus der US-Literatur – SCHLUEP, AVV I, 159 f.) Ihm widersteht auch die beweisrechtliche Bedeutung einer allfälligen selbständigen Zweckuntersuchung nicht. (Vergl. vorn 129 f.; zutreffend VON STOEPHASIUS 31).

75 Vo 67/67, Art. 1 Abs. 1 lit. a.

76 Im Gegenteil: Die Erforderlichkeit einer Gruppen*freistellung* deckt auf, dass die von ihr erfassten Interventionstypen grundsätzlich dem Verbotstatbestand von Abs. 1 unterfallen können. (Vergl. MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 329, KOENIGS, Italienische Republik, 347, TESSIN, AVV im EWG-Kartellrecht, 1264, SCHLIEDER, Vertikale Kooperation, 151 f., NIEDERLEITHINGER, Gruppenfreistellungsverordnung, 198, SPORMANN, Gruppenfreistellung, 175 f.; a.M. wohl HOOTZ, SABA, 72).

für das im Kontext vielfach vorgetragene Argument der Förderung von Hersteller- und Inter-brand-Wettbewerb,[77] aber auch für jede Rechtfertigung mit Fingerzeig auf Interessenwahrnehmungszüge in den Vertragsbeziehungen.[78]

Fraglich bleibt allein, wann solcher Exklusivabsatz *spürbar* auf Händlerfreiheit und Wettbewerb einwirke. Nach der quantitativen De-minimis-Regel der Kommission kommt wertungsentscheidende Indizfunktion dem Umsatz der Kontrahenten sowie der Marktstellung zu.[79] Für den Alleinvertrieb wird man vor allem den Marktanteil des gebundenen Herstellers in Rechnung ziehen müssen,[80] bleibt doch eben jenes Segment des Gesamtangebots der Nachfragerkonkurrenz entwunden. Marktstarke Stellungen werden derweise auf das Marktstufengefüge ausgeweitet. Da Alleinvertrieb häufig Distributionsform eines ganzen Wirtschaftszweiges ist, muss die "Spürbarkeit" weiter vom Umfang des branchenweit unzugänglichen Angebots abhangen.[81] Die Ubiquität bestimmt sonach,

77 Gl.M. WINKEL 205, REIMER, Preis- und Vertriebsbindungen, 521, SCHRÖTER 117, EWALD, AVV, 114. – Für Mitveranschlagung von Hersteller- und Inter-brand-Wettbewerb votieren z.B. GANSHOF 829, VON DER OSTEN 217, VON GAMM 55, MARTINO, AVV, 92 f., SCHWARTZ, Ausschliesslichkeitsverträge, 199 f.; missverständlich auch das Urteil Minière/Maschinenbau Ulm 304. – Noch weniger dürfen wirtschaftspolitische Erwägungen in das Verbotsverdikt einfliessen. (So im Ergebnis aber KLAUSING 76) – Vergl. zur Rule-Thematik in Abs. 1 vorn 124 f.

78 Im Geiste einer solchen Ancillary-Lehre HELLMANN/PFEIFFER 246; ablehnend (mit Widerwillen) GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 124. – Zum Grundsätzlichen vorn 128 f.

79 Vergl. zur Bagatellbekanntmachung vorn 132 f.

80 Auf Marktanteil (und Marktstruktur) heissen auch abzustellen: BIEDENKOPF, Wettbewerbsbeschränkung, 33, MESTMÄCKER, Ausschliesslichkeitsverträge, 624, SCHLUEP, AVV I, 60, ders., Vergleich, 10, AXTER, Vertikale Bindungen, 243, DERINGER/TESSIN, Neufassung, 137, SCHWANKE 104, WINKEL 61 f., BAUR, Missbrauch, 217, SCHWARTZ, Kommentar, 12, STEINDORFF, Zweckmässigkeit, 64; sehr eingehend auch SANDROCK, Grundbegriffe, 431 f. – Vergl. aus der europäischen Praxis die Entscheide Völk/Verwaecke 302 und Cadillon/Höss 356.

81 Man mag – in Anlehnung an die gängige Marktformenlehre – etwa verlangen, dass der absorbierte Angebotsumfang den *Marktanteil eines Oligopolisten* ausmacht. (So insb. SANDROCK, Grundbegriffe, 431 f.; ferner RUHWINKEL 38 f. und SCHWARTZ, Kommentar, 63) – Für Ubiquitätsprüfung auch DERINGER/TESSIN, Neufassung, 13 f., SCHLUEP, AVV I, 60, BAUR, Missbrauch, 217, STEIN-

wieweit Produzentenmärkte (insb. für Neulinge) überhaupt noch offen sind.[82] [83] Selbstredend müssen die Wettbewerbsbeschränkungen des Exklusivabsatzes sich auch im Gemeinsamen Markt niederschlagen. Massgebend für die Unterstellung unter den *räumlichen Geltungsanspruch* ist das vom Ausschliesslichkeitsrecht abgedeckte Vertragsgebiet.[84] In der Folge hat man 4 Fallgruppen auseinanderzuhalten:

*Alleinvertrieb für einen Mitgliedstaat* verursacht fraglos dann gemeinschaftsrechtlich erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen, wenn der Hersteller im EG-Raum residiert, gleichviel, ob der berechtigte Händler in einem andern[85] oder im gleichen Staate[86] Sitz habe. Ebenfalls erfüllt ist das Wirkungsstatut bei in Drittländern gebundenen Produzenten. Denn die wettbewerbspolitisch

DORFF, Zweckmässigkeit, 64, MESTMÄCKER, Ausschliesslichkeitsbindungen, 623 f. sowie der Gerichtshof im Urteil Minière/Maschinenbau Ulm 304; aufschlussreich auch LIEBERKNECHT 156 f.

82 Die Marktzugänglichkeit bildet in jedem Falle entscheidender Bewertungsmassstab für solche Drittausschlüsse. (So mit Nachdruck MESTMÄCKER, Ausschliesslichkeitsbindungen, 622; ausführlich ferner BIERLING 258 f.) – Vergl. im besonderen die feingliedrige Stufenleiter wachsender Wettbewerbsverluste auf der Grundlage von Ubiquität und Marktstruktur bei SANDROCK, Grundbegriffe, 431 f.

83 Nichts mit der Bagatelldiskussion um den Alleinvertrieb zu tun hat die Stringenz seiner *Durchführung*. (Darüber vorn Bd. 1, 180 f.) Treten zusätzliche Territorialschutzabsprachen auf, sind diese nach der Maxime von der wettbewerbsrechtlichen Aufsplitterung von Vertriebsverträgen gesondert zu untersuchen. (In diesem Belange wenigstens zweideutig der Entscheid Minière/Maschinenbau Ulm 304; ihm folgen SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 51 und SCHRÖTER 116).

84 Entgegen einer Klassifizierung des älteren Schrifttums nach dem Parteiensitz. (Vergl. vorn Bd. 1, 177, insb. Fn. 83).

85 Junghans 15, SABA 26, Campari 73, D.R.U./Blondel 256, Jallatte/Voss/Vandeputte 153, Theal/Watts 23 f. sowie die Fundstellen in Fn. 65 (die sich meistens auf diesen "klassischen" Europaalleinvertrieb beziehen). – Keine andere Behandlung erfährt die exklusive Zuweisung mehrerer EG-Staaten. (Vergl. – allerdings mit anderer Ausgangsfragestellung – Dalle Crode/Van Vliet 1103 f.).

86 Für die im Vertragsgebiet ausgeschlossenen Händler kann keine Rolle spielen, ob die parteiinternen Banden über Grenzen angeknüpft sind. Direktbezug bleibt ihnen auch beim nationalitätsgleichen Hersteller versperrt. (A.M. die Kommission in Goodyear/Euram 11; wie hier wohl SCHLUEP, AVV II, 278).

alles entscheidende Beschränkung der Intra-brand-Konkurrenz findet im Innern der EG statt.[87] Ausschlüsse der Gemeinschaftshändler vermag auch die Abriegelung von Parallelimporten aus dem Ausland zu vollbringen.[88] In jedem Falle reicht hin, dass die Anlieferung eines Mitgliedstaates gestört wird[89], selbst wenn beide Kontrahenten gemeinschaftsfremd sind.

Nichts anderes gilt bei der Einräumung des *Alleinvertriebs für den gesamten EG-Raum.*[90] Die Beschaffungsfreiheit von EG-Verteilern wird in nämlicher Weise angegriffen; die Zahl der gemiedenen Absatzstellen fällt noch grösser aus als bei der exklusiven Aufzonung nach Mitgliedstaaten. Wiederum ist bedeutungslos, ob der konzessionierte Abnehmer In- oder Ausländer ist.[91]

Dagegen fallen aus dem örtlichen Geltungsbereich *Alleinvertriebsrechte* heraus, die EG-Produzenten *für Drittmärkte* gewähren. Wohl geht ein Gemeinschaftsunternehmer distributionspolitischer Handlungsfreiheit verlustig. Das Auswirkungsprinzip dürfte sich indessen nur bei Freiheitseinbussen erfüllen, die die Bearbeitung des Gemeinsamen Marktes angehen.[92] Hier aber schliesst die Absatzbindung nur die Kundenauswahl auf Fremdgebiet aus.[93]

87 Aus Parteiensicht geht Handlungsfreiheit für die gemeinschaftsinterne Distribution verloren. (Vergl. SCHLUEP, AVV I, 148).

88 BELLAMY/CHILD 190, SCHWANKE 169, SCHLUEP, AVV I, 148, MARKERT, Béguelin/Marbach, 168, SCHWARTZ, Kommentar, 100. – Richtig auch Omega 25 sowie das Urteil des OLG Düsseldorf vom 26. Juni 1964, WuW 1965, 144 f.

89 Ähnlich SCHWARTZ, Kommentar, 100 und SCHWANKE 170; ungenau GRAUEL 482.

90 Ebenso VON DER GROEBEN, Handbuch, 102 f., ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 210 und Duro-Dyne/Europair 12; dazu ausserdem STUMPF/LÖSCH 38 und MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 335 f.

91 Vergl. im Zusammenhang auch GRAUEL 482.

92 Anders mit Anschein SCHLUEP (AVV II, 278), der Parteisitz im Gemeinschaftsraum genügen lässt.

93 Wie hier SCHLUEP, AVV I, 149. – Jede Lieferung im Gebiet des Gemeinsamen Marktes bleibt offen, selbst wenn Händler in das zugesprochene fremde Vertragsrayon eindringen. (Keine Koinzidenz von einfacher und qualifizierter räumlicher Absatzbindung; vergl. vorn Bd. 1, 176 f.).

Zudem sind die verstossenen Händler allesamt im betreffenden Drittmarkt angesiedelt.[94] Mithin wird nur Intra-brand-Konkurrenz ausserhalb der Gemeinschaftsgrenzen gehemmt,[95] ohne Unterschied, wo der Berechtigte selber domiziliert ist.[96]

Uneinig ist man sich darüber, ob von Art. 85 geschützter Wettbewerb nachlasse, falls einzelne Mitgliedländer in verschiedene Exklusivrayons zerfallen. Richtiger Ansicht nach zeitigt auch ein solcher *innerstaatlicher Alleinvertrieb*[97] Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt[98], schwindet doch Abnehmerwahlfreiheit im gemeinschaftsinternen Absatz. Ebenso wird europäische Netzinnenkonkurrenz herabgesetzt. Das Auswirkungsstatut kann nicht danach fragen, ob Händlern eines regionalen oder eines nationalen Monopols zufolge der Direkteinkauf verwehrt sei.

Zusammenfassend gewinnt man das folgende Ergebnis: Dem räumlichen Anwendungsbereich von Art. 85 unterstehen Alleinvertriebspflichten, die die Zirkulation innerhalb der Gemeinschaft oder den Zustrom zur Gemeinschaft (resp. zum einzelnen Mitgliedstaat) lenken. Hingegen entgehen ihm Exklusivabreden, die lediglich den Warenwegfluss verdünnen.

94 Gegen Gemeinschaftswirkungen auch die h.M.: Vergl. SCHWANKE 167, STUMPF/LÖSCH 36, SCHLUEP, AVV I, 149, TESSIN, Negativattest, 114, SCHWARTZ, Kommentar, 100, GRAUEL 482, BELLAMY/CHILD 190 sowie die Entscheide Grosfillex/Fillistorf 381 und Rieckermann/AEG-Elotherm 26. – Die Befreiung gilt vorbehaltlos. Denn beim offenen Alleinvertrieb sind dem Konzessionär Rücklieferungen in den europäischen Absatzraum nicht verbaut. Dazu bedarf es zusätzlicher räumlicher Vertriebsbindungen. Die beiden selbständigen Abredetypen werden für die Problemerörterung häufig (zu Unrecht) vermengt. (Vergl. etwa STUMPF/LÖSCH 36 f., SPORMANN, Konturen, 135, ders., Alleinvertrieb nach Drittstaaten, 458; verwirrlich auch die Kommission in Grosfillex/Fillistorf 381 sowie ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 210).

95 Richtig SCHWANKE 167.

96 Vergl. die beiden verschiedenen internationalen Sachverhalte in den Entscheiden Rieckermann/AEG-Elotherm und Grosfillex/Fillistorf.

97 Zu Begriff und Abgrenzung des innerstaatlichen Alleinvertriebs vorn Bd. 1, 179.

98 Gl.M. offenbar LIPPS 1067 und SCHLUEP, AVV II, 278; anders BELLAMY/CHILD 188.

bb) Persönliche Absatzbindungen

Auch die persönliche Absatzbindung ist EWG-kartellrechtlich "Wettbewerbsbeschränkung".[99] Schwerer als die Beschneidung herstellerischer Abnehmer- wiegt hiebei diejenige händlerischer Lieferantenwahlfreiheit. Mithin scheiden all jene Nachfrager – hier nach persönlichen Eigenschaften differenziert – aus, gegen die die Sperranweisung sich richtet. Gedrosselt wird *produktinterner Wettbewerb,* primär unter Erstabnehmern, dann aber mit dem vertrauten Niederschlag in den Absatzketten.[100]

Direktverkaufsvorschriften (als wichtigste Form der marktstufenspezifischen Absatzbindung) geraten in die Fänge von Art. 85 Abs. 1, weil sie den Konsumenten zum Bezug beim Einzelhandel nötigen und den Hersteller vom Konkurrenzkampf mit diesem fernhalten. Das betrifft sowohl totale wie partielle Verbraucherlieferverbote.[101] Bei den marktstufenindifferenten Absatzbindungen erfolgen die Drittausschlüsse unter funktionsgleichen Abnehmern. Durch die künstliche Scheidung in einen autorisierten und einen nicht-autorisierten Kreis wird händlerischer Intra-brand-Wettbewerb vermindert, ungeachtet, ob eine qualitative oder eine quantitative Auslese vorgeschrieben sei.[102] Nichts anderes kann auch gelten, wenn eine Absatzstellenerweiterung an qualifizierte Vorausset-

99 Zu diesem Ergebnis führt wiederum bereits die Zweckausmittlung. (Vergl. vorn 137).

100 Vergl. auch vorn Bd. 1, 275 f.

101 Wettbewerb wird auch beschränkt, wenn sich der Produzent die Bedienung einer vorbestimmten Endverbrauchergruppe ausbittet. Durch diese Kundenzuteilung schwinden nämlich abermals Bezugsalternativen, hier diejenige beim Handel, dort diejenige beim Hersteller. (Richtig BMW 5; zustimmend offensichtlich SCHMITT, Schwerpunkte, 106).

102 *Jede Selektionsform* erwirkt Händlerausschlüsse sowie produktinterne Konkurrenzstörungen und ist daher der Verbotsnorm zuzuführen. (Anders die Kommission, die der Qualitativauslese im Rahmen einer Fachhandelsbindung wettbewerbsbeschränkende Züge abspricht; Junghans 13 f. und SABA 25; vergl. zu der nämlichen Problemkonstellation bei den persönlichen Vertriebsbindungen Näheres hinten 152 f.).

zungen (Bsp.: Bedürfnisnachweis) geknüpft bleibt[103] oder wenn prohibitiv wirkende Ausgleichszahlungen abgesprochen sind.[104]

Bezüglich der *Spürbarkeit* der Wettbewerbsbeschränkung haben die für den Alleinvertrieb herausgearbeiteten Gesichtspunkte Gültigkeit:[105] Der Marktanteil des Selektionsschuldners bestimmt die Breite des vom individuellen Vertragssystem ausgesperrten Angebots. Um die durchgängige Offenheit der Herstellermärkte zu erkennen, muss ferner das Gesamtbündel gleichlaufender Absatzordnungen in Anschlag gebracht werden.

Massgebend für den *räumlichen Geltungsanspruch* ist schliesslich, wo die Distributionsnetze gelichtet werden. Persönliche Absatzbindungen stehen nur soweit nicht unter dem Wirkungsstatut, als Produzenten eine Selektion unter ausländischen Kunden vorgeschrieben ist.[106] In jedem andern Falle büssen Händler (oder Verbraucher) im Gemeinschaftsraum Bezugsfreiheit ein.[107]

103 Dies gilt sicherlich solange, als die Bedingung eine *"kasuelle"* ist, über ihren Eintritt also ein vom Hersteller nicht einseitig steuerbarer Umstand entscheidet. (Insb.: Nachfrageentwicklung, Verkaufserfolg des angestammten Vertreters) Dagegen ist Konkurrenzbeschränkung fraglich, falls einer sofortigen Belieferung zusätzlicher Händler nur formelle Hindernisse (Bsp.: Information und Konsultation des Netzes) entgegenstehen. (Anders BMW 5).

104 Wann die Höhe der geschuldeten Ausgleichszahlungen hinreicht, um Produzenten tatsächlich von systemfremden Verkäufen abzuhalten, kann alleinig der Einzelfall weisen. Aufschlussreich dürften zumal die Margenverhältnisse im Absatznetz sein, weil sie die herstellerischen "Verdienst"-Möglichkeiten anzeigen.

105 Vergl. vorn 138 f.

106 Beispiel: Gemeinschaftshersteller verpflichtet sich seinen amerikanischen Händlern gegenüber zu selektivem Absatz auf dem US-Markt.

107 Nicht nur Bindungen von EG-Produzenten sind dem örtlichen Anwendungsbereich unterstellt, sondern auch Verpflichtungen im Ausland residierender Schuldner, die den ungehinderten Zustrom der Vertragswaren zum Gemeinsamen Markt beeinträchtigen.

b) Bezugsbindungen

aa) Bezugsbindungen betr. Vertragswaren

Solche (persönliche)[108] Bezugsklauseln[109] sind aus den bekannten Gründen konkurrenzschädlich: Sie verwehren dem Gebundenen eine beliebige Vertragswarenbeschaffung, entziehen den ausgesperrten Händlern die entsprechenden Netzinnenlieferungen und dämpfen demzufolge *intrabrand competition.*[110] Vorrangig von Interesse sind die marktstufenspezifischen Massregeln. Sie verhindern (ausserhalb der gewollten Funktionszuteilung) jeden, in Sonderheit aber den zwischenstaatlichen Wettbewerb: Die Direkteinkaufspflicht denjenigen zwischen Hersteller und Stufennachfolgern,[111] das Querbezugsverbot des Detaillisten denjenigen zwischen vor- und nachgelagerten Händlern[112], beide in der Manier eines (verkappten) Gebietsschutzes.[113]

Eigenwillig gestaltet sich die *Spürbarkeitsprüfung.* Weil dieser Absprachetypus – im Absatz wie im Bezug – nur Netzinsider trifft,[114] also niemandem schlechthin Geschäftsabschlüsse mit den Vertragswaren versagt, bleibt die Marktstellung des Produzenten

108 Zu den räumlichen Bezugsbindungen hinten 157 f.

109 Wettbewerbspolitisch ist belanglos, ob Bezüge gänzlich untersagt oder genehmigungspflichtig sind.

110 Für Erfassung dieser Vertragswarenbezugsbindungen insb. STÖVER 107. – Anders § 18 GWB, der ausdrücklich nur Bezugsvorschriften für "andere Waren" einschliesst. (Statt aller LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT 354).

111 Vergl. - für eine Direkteinkaufspflicht beim zuständigen Generalvertreter – Dior/Lancôme 71; ebenso HERMANNS, Selektiver Vertrieb, 172. – Gleich wirkt ein Querbezugsverbot der Alleinvertreter.

112 Ebenso GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 181.

113 Nur am Rande aufgeführt sei die *marktstufenindifferente Bindung,* insb. das Verbot des Bezugs von nicht autorisierten Händlern. Es schliesst die Vertriebsorganisation vor "schwarz gewordenen" Vertragserzeugnissen zu und dämmt somit netzexternen (aber gleichfalls produktinternen) Händlerwettbewerb ein.

114 Ausnahme: Verbot netzexterner Beschaffung.

ausser Spiel. Nämliches gilt für die Bündelung, es sei denn, man errechne besondere Freiheitsverluste, falls der gebundene Händler den Vertriebssystemen mehrerer (gleichartig intervenierender) Hersteller zugehört. Erwogen werden kann demgemäss lediglich, ob trotz der Reglementierung noch genügend Intra-brand-Wettbewerb im Netzinnern (und insb. über die Grenze) walte. Dies wird man für die einschneidenden Querbezugsverbote und Direkteinkaufspflichten verneinen müssen.

Alsgleich ist dagegen die Frage des *territorialen Niederschlags* im EWG-Raum beantwortet. Art. 85 Abs. 1 lässt bloss den Fall aus, dass im Ausland gelegene Vertriebssysteme auf diese Weise organisiert, also keine Gemeinschaftshändler gebunden werden.[115]

### bb) Bezugsbindungen betr. Fremdwaren

In besonders augenfälliger Weise schädigt die Fremdwarenbezugsabsprache gemeinschaftlichen Wettbewerb.[116] Sie kettet die Bindungsschuldner exklusiv an den Hersteller, was dessen Gegenspielern Lücken in der möglichen Absatzorganisation aufreisst.[117] Als einziger[118] Vertikalinterventionstypus greift sie die *Inter-brand-*

115 Vergl. auch die (ausführlichere) Diskussion des Auswirkungsprinzips bei Bezugsbindungen für Fremdwaren. (Hinten 148 f.).

116 Eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 85 Abs. 1 erkennen auch BECKER, Vertical Agreements, 105, BELLAMY/CHILD 192, VON GAMM 55, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 329, GLEISS, Urteile, 175, VON DER OSTEN 216, SCHMITT, Schwerpunkte, 106, NIEDERLEITHINGER, Versorgungswirtschaft, 21, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 123, dies., EWG-Kartellrecht, 193, SANDROCK, Grundbegriffe, 500 f., BALDI 422, CAMPELL, Common Market Law, 163, TESSIN, AVV, 129, SCHULTE-MÄTER 18 sowie die Kommissionsentscheide Jallatte/Voss/Vandeputte 153 f., Gewürze 23, SABA 26, Junghans 15, BMW 5; anders SCHWARTZ, Vertikale Bindungen, 322 und HAGENAUER 149; vergl. ferner – in Auslegung des (unklaren) Grundig/Consten-Urteils DERINGER, AVV, 1589, HOOTZ, AVV, 2249 und TESSIN, AVV im EWG-Kartellrecht, 1262.

117 Angesichts dieser weitgreifenden Drittwirkungen ist die Kontrahentenknebelung nur von untergeordnetem wettbewerbspolitischem Gewicht.

118 Mit Ausnahme des (verwandten) Kopplungsgeschäfts.

*Konkurrenz* an.[119] Dies gräbt ungewöhnliche Spuren im Stufengebilde:[120] Der Fortpflanzungsfolgen wegen entgeht dem Verbraucher ein Vergleich im Sortimentsinnern. Bei einem allfälligen Marktverschluss für newcomer wird eine potentielle produktexterne Angebotserweiterung erstickt.[121] Hiermit kann bereits auf der Erzeugerebene ein übersetztes Preisniveau drohen.[122]

Eine solche Monopolisierung von Absatzstellen stellt katexochener Sinn der Ausschliesslichkeitsklausel dar. Daher darf wiederum eine entsprechende *Zwecksetzung* der Parteien unterstellt werden. Die genauen Auswirkungen dagegen müssen betrachtet werden, wo es über Vereinbarungen mit bezugsbindungsähnlichem Charakter[123] zu urteilen gilt.[124]

Die Reichweite des Ausstossungseffektes bestimmt sich in gegenständlicher Hinsicht nach dem individuellen Vertragsinhalt. Bei Bezugsschranken für Konkurrenzwaren entscheidet, wie die Kreise der Kompetitiverzeugnisse gezogen sind und ob gegebenenfalls Ersatzteile[125] vom Einkaufsdiktat miteingeschlossen sind. Allumfassend wird er bei Exklusivbindungen (auch) für Nicht-Konkurrenzerzeugnisse. Unabhängig von der Parteiabrede gestaltet sich die

119 Und zwar sowohl diejenige unter Herstellern wie diejenige unter Händlern. (Vergl. vorn Bd. 1, 277 f.).

120 Ausführlicher vorn Bd. 1, 279.

121 Die übrigen Warenlaufbindungen betreffen nur die Erhältlichkeit des Vertragswarenangebots.

122 Vergl. SCHULTE-MÄTER 107.

123 Förderungsabkommen, Mindestabnahmen, Investitionsvorschriften usw.

124 Hier muss im Einzelfall untersucht werden, ob sie exklusive Bezugsverhältnisse einrichten. Bedeutungsvoll ist namentlich die Abgrenzung der schlichten Kaufvertragsmodalität vom Bezugsbindungssurrogat. (Vergl. auch hinten 175).

125 Bei fehlendem Handelsbrauch könnten Bezugsbindungen für Ersatzteile den *"tyed clauses"* zugeordnet werden. (Art. 85 Abs. 1 lit. e) Diskutabel bleibt indessen die sachliche Beziehung zum Vertragsgegenstand. (Darüber etwa JANSEN 165 f.).

räumliche Ausdehnung. Die Vereinbarung wirkt universell, weil jedem Hersteller – wo immer er residiere – die nämliche Vertriebsstelle verschlossen bleibt.[126]

Auch bei der ausschliesslichen Bezugsbindung vermögen in der Nähe einer Lehre von den wettbewerbsbeschränkenden *Nebenabreden* angesiedelte Einwände nichts auszurichten, etwa indem die Konkurrenzstörungen in die Parteiinnensphäre eingepflanzt und entsprechenden Rechtfertigungsgründen (Bsp.: Risikotragung, Kreditsicherung[127]) untergeordnet werden.[128] Nämliches gilt für die Anrufung irgendwelcher wettbewerbstheoretischer *Rule* (gesteigerte Händlerkonkurrenz durch Sortimentsfesseln[129], Marktzutrittshilfe für Neuankömmlinge[130]).

Ob die ausgelösten Wettbewerbsbeschränkungen *spürbar* seien, erweisen – wie bei der (seitenverkehrten) Ausschliesslichkeit im Absatz – zur Hauptsache Marktanteil und Ubiquität.[131] Der beschaffungsgebundene Marktanteil des Netzes zeichnet den Umfang des vom Einzelhersteller absorbierten Nachfragevolumens

126 Vergl. auch vorn Bd. 1, 278. – Dass bei der Fremdwarenbezugsklausel nichts "auf ein räumlich irgendwie definiertes Gebiet" ankommt, erkennen (in anderem Zusammenhang) auch GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 174; vergl. ausserdem Concordia 92.

127 Vergl. die Argumentationsführung bei BIERGANS 351.

128 Weniger überzeugt offenbar RABELS 226.

129 Gelegentlich vernimmt man, sortimentsbeengte Händler seien zu besonderen Verkaufsanstrengungen genötigt, was den Wettbewerb unter Absatzmittlern anheize. (Vergl. etwa HAGENAUER 149 f.) Wie Inter- und Intra-brand-Wettbewerb dürfen aber auch Hersteller- und Händlerwettbewerb nicht gegeneinander ausgespielt werden. (Vergl. vorn 126).

130 Ebensowenig verfängt im Lichte der wettbewerbstheoretischen Konzeption von Abs. 1 das andere Wettbewerbsförderungsargument, ein kleiner Hersteller könne "als 'newcomer' oder Aussenseiter mit Hilfe von Ausschliesslichkeiten in den Markt eindringen und so den effektiven Wettbewerb in Bewegung halten." (SCHULTE-MÄTER 107; ähnlich SANDROCK, Grundbegriffe, 426).

131 Ausführlich vor allem SANDROCK, Grundbegriffe, 431 f. und RUHWINKEL 36 f.; rechtsvergleichend SCHMITT 320 f. und 325 f.

vor.[132] Ausgeprägt ist die Marktunzugänglichkeit, sobald Exklusivbezug sich in der Distribution eines ganzen Wirtschaftszweiges ausbreitet.[133] Dann nämlich sind die Absatzkanäle allesamt verstopft.[134] Eingelebte Hersteller können sich nicht anderweitiger (von der Konkurrenz belegter) Mittler bedienen. Vor allem aber stehen Marktzuzügler vor verbarrikadierten Stufenmärkten.[135] Ihre Erzeugnisse finden mithin keinen Eingang in die Sortimente des etablierten Händlerkreises.[136]

Einfacher als die Absatz- sind die exklusiven Bezugsbindungen im *räumlichen Anwendungsbereich* von Art. 85 unterzubringen. Angesichts der Universalität des Lieferantenausschlusses kann man die wettbewerbspolitisch gewichtigen Drittbehinderungen nirgendwo territorial eingrenzen, ist sonach keine Differenzierung

132 Vergl. BIEDENKOPF, Wettbewerbsbeschränkung, 33, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 329, ders., Ausschliesslichkeitsverträge, 624, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 175, SCHWARTZ, Kommentar, 12, RITTNER, Ausschliesslichkeitsbindungen, 116 f., DERINGER/TESSIN, Neufassung, 137, STEINDORFF, Zweckmässigkeit, 64, SCHWANKE 104, BAUR, Missbrauch, 217 und die Erörterungen der Kommission in den Entscheiden Gewürze 23 f., Goodyear/Euram 11, Rieckermann/AEG-Elotherm 27 sowie 7. Wettbewerbsbericht 24; aufschlussreich für die US-Praxis NEALE 203 f., AXTER, Vertikale Bindungen, 242 f. und SCHULTE-MÄTER 98 f.

133 Ein einzelnes Bezugsbindungsübereinkommen dürfte nur unter Ausnahmebedingungen breitere Marktfolgen zeitigen. (Vergl. immerhin das Beispiel von GA ROEMER im Urteil De Haecht 559; dazu weiter RABELS 225) – Spürbarkeit eines Individualkontraktes hatte die Kommission (mit Recht) im Entscheid Goodyear/Euram (11) unterstellt.

134 Vergl. den besonders eindringlichen Beschrieb bei BELKE, Kartellgesetznovelle, 249; ähnlich LÖWISCH 99, SCHMITT 172 und STÖVER 103.

135 In der Auslotung der *"entry barriers"* ist auch die Möglichkeit der Eröffnung eigener Distributionswege (insb. Direktvertrieb) mitzuveranschlagen. (Vergl. DERINGER/TESSIN, Neufassung, 138) Eine solche Vorwärtsintegration dürfte indessen höchstens Grossunternehmen (in Sonderfällen) offenstehen. (Vergl. im Zusammenhang auch LÖWISCH 99).

136 Vergl. zur Ubiquität DERINGER/TESSIN, Neufassung, 137 f., RITTNER, Ausschliesslichkeitsbindungen, 116 f., BAUR, Missbrauch, 217, LIEBERKNECHT 156 f. sowie De Haecht 505 f. – Erneut mag man erst aufhorchen, wenn "der absorbierte und blockierte Teil insgesamt die Grösse eines Oligopsonisten erreicht." (SANDROCK, Grundbegriffe, 417; gleich ferner SCHWARTZ, Kommentar, 63 und RUHWINKEL 38 f.).

nach Vertragsrayons möglich.[137] Es interessiert alleinig, in welcher Laufrichtung Warenbewegungen abgehalten werden. Hiebei hängt alles vom Sitz des Schuldners ab. Gemeinschaftsrechtlich erheblich ist jede einem EG-Händler aufgeladene Bezugsklausel. Soweit EG-Produzenten Absatzgelegenheiten verlieren, wird Warenverkehr im Innern der Gemeinschaft beeinträchtigt.[138] Dies gilt auch für formell inländische Sachverhalte mit Kontrahenten im gleichen Staat.[139] Soweit ausländische Hersteller ferngehalten sind, wird der Zustrom von Gütern gebremst[140], liegt also ebenfalls eine vom Wirkungsstatut erfasste Wettbewerbsverfälschung vor.[141] Dagegen ist das europäische Kartellverbot nie zuständig für Bezugsverpflichtungen fremder Händler. Dass Produzenten im Gemeinsamen Markt Handlungsalternativen einbüssen, bleibt deshalb ohne Belang, weil Freiheit nur in der Anlieferung von Drittmärkten verloren geht.[142] Gestört ist allenthalben bloss der Exportfluss aus dem EG-Gebiet.

137 Nämliches meint wohl SCHWANKE (115), wenn er der Bezugsbindung die Züge einer "Gebietsausschliesslichkeit" abspricht; vergl. ebenfalls GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 174.

138 Die ausgeschlossenen Dritten haben im EG-Gebiet Domizil. Auch wird gemeinschaftlicher Inter-brand-Wettbewerb berührt, und zwar solcher bezüglich der Absatzgestaltung im Gemeinsamen Markt.

139 So ausdrücklich SANDROCK, Grundbegriffe, 501, RABELS 225 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 199; aus der Praxis BMW 5, De Haecht 555 f., Gewürze 23 und Goodyear/Euram 11; a.M. SCHWARTZ, Vertikale Bindungen, 321. – Ohne Belang bleibt der Umstand, dass die Bezugsorder nur soweit gilt, als die Erzeugnisse für Drittmärkte bestimmt sind. Denn die erste Etappe des Warenstromes wird im Gemeinschaftsraum kanalisiert. (Grundsätzlich gl.M. – aber (in casu) mit negativem Spürbarkeitsbefund – die Kommission im Entscheid Rieckermann/AEG-Elotherm 27; vergl. auch SPORMANN, AVV nach Drittländern, 458).

140 Ebenso SCHLUEP, AVV I, 149 und BECKER, Vertical Agreements, 105. – Zwar treten keine Freiheitseinbussen bei Gemeinschaftsherstellern auf, doch wird interbrand competition mit Zielrichtung auf den europäischen Absatzmarkt gedrosselt.

141 Vergl. vorn 139 f.

142 Vergl. zum territorial gleichgelagerten Alleinvertrieb für Fremdmärkte vorn 140 f. – Mit nämlichem Ergebnis (aber ohne nähere Substantiierung) Grosfillex/Fillistorf 381; a.M. KIRSCHSTEIN, Grosfillex/Fillistorf, 560 f.

c) Vertriebsbindungen

(Persönliche)[143] Vertriebsbindungen bilden bekanntlich das Herzstück der Warenlaufregelung im (mehrstufigen) Selektivvertrieb. Sie sind grundsätzlich "Wettbewerbsbeschränkung" im Sinne von Art. 85 Abs. 1, weil sie die Planfreiheit von Händlern angreifen: diejenige der gebundenen im Absatz, diejenige der getroffenen im Bezug. Dadurch wird *(händlerischer) Intra-brand-Wettbewerb* gehemmt, teils innerhalb, teils ausserhalb des Distributionsnetzes, stets mit Reflexwirkungen in der gesamten Marktstufenleiter.[144] Der Mannigfaltigkeit der Weisungsinhalte wegen sind die einzelnen Bindungsformen gesondert zu erörtern:

Die *marktstufenspezifischen Absprachen* verursachen generelle Drittbehinderungen. Jeder Geschäftsabschluss ausserhalb des genormten Absatzkanals wird unmöglich. So unterbinden Querverkaufsverbote – unbesehen der Netzzugehörigkeit – jede Lieferung unter funktionsgleichen Verteilern. Produktinterne Konkurrenz leidet sonach auch im Innern des Vertriebssystems.[145] Europakartellrechtlich erregt besonderen Anstoss, dass die Vertragswaren über die Grenze nicht horizontal fliessen dürfen. Diese Drosselung des zwischenstaatlichen Intra-brand-Wettbewerbs erzeugt offenkundig *Gebietsschutz*.[146] Ihre Unterstellung unter den Verbotstatbe-

143 Über die räumlichen Vertriebsbindungen hinten 157 f. – Lange Zeit stand die europakartellrechtliche Vertriebsbindungsdiskussion im Zeichen des händlerischen Gebietsschutzes. (Vergl. auch STÖVER 104) Grossteils wurden unter diesem Titel einzig räumliche Vertriebsvorschriften verhandelt. (Exemplarisch etwa MÜLLER-FEMBECK 100 f. und LEHMPFUHL 70 f.) Erst nach dem behördlichen Bann über Exportbeschränkungen verlagerte sich das Interesse auf Geschäftsverweigerungen nach persönlichen Attributen der Abnehmer.

144 Näheres vorn Bd. 1, 272 f. und 279 f. – Diese notorischen Abnehmerbeschränkungen sind zweifelsfrei gewollt. Daher genügt auch bei der Vertriebsbindung eine *"antizipierte" Zweckprüfung*.

145 Vergl. vorn Bd. 1, 280.

146 Ebenso GRAUEL 486 sowie die Entscheide Philips 42 und Junghans 12 f.

stand wird denn auch nirgends ernstlich in Abrede gestellt.[147] Keine andere Behandlung können die Längsliefervorschriften erfahren. Schlichtes Querverkaufsverbot auf der Einzelhandelsebene ist die Direktabsatzpflicht des Detaillisten; die gleiche Warenbewegung wird hier durch positives, dort durch negatives Abnehmerdiktat gesteuert.[148] Aber auch ein Sprung- oder Rücklieferbann verstösst gegen Art. 85 Abs. 1.[149] Mit ihrer Netzinnen- und Netzaussenwirkung fördern sie die Marktabschottung, soweit die betreffenden Vertikalverkäufe auch nicht an fremde EG-Abnehmer erfolgen dürfen.[150] Dem Grosshandel untersagte Endverbrau-

147 SCHMITT, Schwerpunkte, 106, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 183, REINHART, Vertikale Verträge, 192, HERMANNS, Selektiver Vertrieb, 173, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 179 f., SCHLUEP, AVV II, 280, STÖVER 103, TESSIN, Markenartikelvertrieb, 685; aus der Praxis Gerofabriek 11, Du Pont 28, Philips 42, Sperry Rand 42, Junghans 13, Omega 28, SABA 24, Dior/Lancôme 71.

148 Das eine Mal liegt eine positive, das andere Mal eine negative Vertriebsbindung vor. (Vergl. vorn Bd. 1, 200 f.) – Im übrigen gl.M. FORRESTER 20, GRAUEL 486 sowie Sperry Rand 42 und Philips 42.

149 Richtig REINHART, Vertikale Verträge, 192, SCHMITT, Schwerpunkte, 106 und STÖVER 106; aus der Rechtsprechung Junghans 13, Gerofabriek 13, Du Pont 28 und Philips 42. – Unverständlich ist die Kehrtwende der Kommission im SABA-Entscheid (26), wo sie Art. 85 Abs. 1 mit dem Vermerk nicht anwendete, das Sprunglieferverbot beschränke nur Konkurrenz ausserhalb der funktionsgerechten Verteilung, behindere also *nicht-leistungsorientierten Wettbewerb*. Ein solcher Ansatz läuft darauf hinaus, Wettbewerbsschutz eingespielten Vertriebskanälen zu reservieren. Konkurrenz ist mithin nur soweit nicht schützenswert, als sie unlauter geführt wird. (Statt aller MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 223) Die Frage nach der *gesamtwirtschaftlichen Effizienz* einer Absatzorganisation aber gehört in Art. 85 *Abs. 3* geprüft. (Der Meinungswechsel der Kommission wurde vom Gerichtshof im Metro-Urteil (1909 f.) gebilligt; zustimmend auch HERMANNS, Selektiver Vertrieb, 174, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 182, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 184 und HOOTZ, Metro, 114 f.).

150 Die Marktabschottungsabsicht ist besonders augenfällig bei Rücklieferverboten, weil Verkäufe an höhere Handelsstufen absatzwirtschaftlich nur bei zwischenstaatlichen Preisgefällen sinnvoll erscheinen. (Vergl. hinten 286; zutreffend auch ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 184).

cherbedienung im besonderen bringt den Konsumenten um integrationspolitisch bedeutsame Auslandeinkäufe (als private Parallelimporte).[151]

Weniger verhängnisvoll fallen die Konkurrenzstörungen der *marktstufenindifferenten Vertriebsbindungen* aus. Sie verhindern lediglich den Warenwegfluss aus der autorisierten Vertriebsorganisation. Netzinterner Bezug und Absatz liegt – längs wie quer – im freien Ermessen der Vertragshändler. Unter ihnen steht jeder Geschäftsverkehr, zumal derjenige über Landesgrenzen hinweg, offen.[152] Welche (und wieviele) Absatzmittler dennoch Aussenseiter bleiben, entscheidet die einzelne Ausleseanweisung.

Strittig ist nun vor allem, ob die Vertriebsbindung mit *qualitativer Selektion* den Wettbewerb beschränke. Eine Mehrheit im Schrifttum neigt offensichtlich dazu, sie im allgemeinen oder wenigstens in "milder" Ausformung (als sog. "Fachhandelsbindung"[153] von Art. 85 Abs. 1 fernzuhalten.[154] Nach ihr kommt für das Verbotsverdikt alles auf die vorgeschriebenen Auswahlkriterien an.[155] Auch die Kommission erkennt auf Mangel im Tatbestand, falls die Kundenbeschränkung nach bestimmten "objektiven qua-

151 Vergl. SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 50, REINHART, Vertikale Verträge, 192, Philips 42 sowie die Kommissionsausführungen im 4. Wettbewerbsbericht 71.

152 Vergl. vorn Bd. 1, 280. – Anschaulich auch die Entscheide SABA 24 f. und Junghans 13 sowie 4. Wettbewerbsbericht 71 f.

153 Teilweise ist – mit Unterlegung eines genau ausgegrenzten Selektionsgehalts – auch von einem *"Depotsystem"* die Rede. (Vergl. etwa SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 54 und GRAUEL 486).

154 ALEXANDER 76 f., SPORMANN, Konturen, 134, FORRESTER 20, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 203, SCHEUFELE, Selektive Distribution, 13, SCHMITT, Schwerpunkte, 102, DERINGER/SEDEMUND, Europäisches Gemeinschaftsrecht 1977, 990 f., HOOTZ, SABA, 170, ders., Metro, 114, GLEISS/ HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 192, BELLAMY/CHILD 195 und BAROUNOS/ HALL/JAMES 53.

155 Ebenso TESSIN, Markenartikelvertrieb, 685 ; einer Auftrennung nach der diktierten Auswahl begegnet man auch bei SCHMITT, Schwerpunkte, 103 f. und SCHEUFELE, Selektive Distribution, 103 f.; vergl. weiter HOOTZ, SABA, 170 f.

litativen Kriterien" ausfällt und "diese gegenüber allen potentiellen Wiederverkäufern einheitlich festgesetzt und in nicht diskriminierender Weise angewandt werden."[156] In Sonderheit hält sie gleichfalls den Fachhandelsvertrieb für wettbewerbskonform.[157]

Einer solchen auf den *Selektionsinhalt* abstellenden Lehre von der "Wettbewerbsbeschränkung" kann aus mehreren Gründen nicht beigepflichtet werden. Vorerst ist klarzulegen, dass der Auslesebefehl nichts am wettbewerbspolitischen Grundsachverhalt ändert.[158] Jede Selektion – auch die auf Fachkunde gebaute – hinterlässt gesperrte Abnehmer und eine gedämptfe intrabrand competition. Sämtliche gemiedenen Händler würden bei Netzintegration nämlich alsgleich von potentiellen zu aktuellen Wettbewerbern. In fine unterliegt dem kritisierten Lösungsansatz eine zweifelhafte *Eingürtung des kartellrechtlichen Schutzgutes* auf den Wettstreit unter "qualifizierten" Abnehmern.[159] Nicht mehr Händ-

156 5. Wettbewerbsbericht 25. – Diese Praxis wurde vom Gerichtshof im Urteil Metro (1905) gebilligt. – Ebenso neustens das Oberlandesgericht Düsseldorf in seinem Urteil vom 21. Dezember 1978, GRUR Ausl. 1979, 215 f.

157 "Aufgrund der fortschreitenden Entscheidungspraxis" hat die Kommission im 5. Wettbewerbsbericht (25 f.) "allgemeine Grundsätze für den selektiven Vertrieb" deklariert. Sie sondert im wesentlichen *3 Sachverhalte:* Qualitativselektion "bezüglich der beruflichen Eignung des Wiederverkäufers und seines Personals sowie seiner Verkaufsräume" stehen – unter den obgenannten Voraussetzungen – im Einklang mit Art. 85 Abs. 1. Dagegen greift das Kartellverbot zu, sobald die Belieferung von der Übernahme "bestimmte(r) absatzfördernde(r) Verpflichtungen" abhängt und die Vertriebswegeordnung in entsprechende Absatz- und Vertriebsbindungen eingekleidet ist. Jedenfalls "Wettbewerbsbeschränkung" ist die Quantitativselektion. – (Vergl. zur Bestätigung dieser Fallgruppenbildung die Entscheide Kodak 26, Junghans 13 f., Omega 25, SABA 25 und BMW 4 f.; dazu die Ausführungen im 1. Wettbewerbsbericht 70, 3. Wettbewerbsbericht 22 und 6. Wettbewerbsbericht 90).

158 Richtig die (nicht konsequent durchgehaltene) Ausgangsposition bei GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 192: "Liegt aufgrund vertraglicher Bindungen in der Freiheit der Kundenauswahl Wettbewerbsbeschränkung vor, dann spielt es im Grundsatz keine Rolle, welcher Art die Qualifikation ist, die vom Hersteller verlangt wird." – Prinzipiell für "Wettbewerbsbeschränkung" offensichtlich auch SCHLIEDER (CANENBLEY, Diskussionsbericht, 204) und KIRSCHSTEIN, EWG-Kartellrecht 1970, 506; vorsichtig SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 53 und TESSIN, Markenartikelvertrieb, 685.

159 Im gleichen Sinn KIRSCHSTEIN, EWG-Kartellrecht 1970, 506.

lerfreiheit, nicht mehr Händlerkonkurrenz schlechthin wären zu sichern, sondern nur noch solche im Bereiche eines (irgendwie festgelegten) Fachstandards. Ein dem Leitbild allumfassenden Wettbewerbsschutzes abträgliches Ergebnis.

Nicht minder befremdet die von der Kommission vorgetragene Begründung. Sie übertüncht die Wettbewerbseinbussen mit dem Hinweis auf das Erfordernis eines sachgerechten (und sonach verbraucherfreundlichen) Vertriebs.[160] Damit rekurriert sie auf wirtschafts- und konsumentenpolitische Zweckmässigkeitserwägungen, pflanzt also Argumente in Abs. 1 ein, deren Prüfung gesetzessystematisch allenfalls Abs. 3 zusteht. Abermals schwingt in dieser Auslegung eine Doktrin vom *"nicht-schützenswerten" Wettbewerb* mit[161]: Die Kommission will keine Konkurrenz in Obhut nehmen, die den wohlverstandenen absatzwirtschaftlichen Allgemeininteressen widerstrebt. Hiermit toleriert sie eine Wettbewerbsbeschränkung, weil sie – verglichen mit dem freien Marktspiel – vorteilhaftere Resultate erbringe. Dies aber ist klassisches Bewertungsthema einer (in Abs. 1 nicht zugelassenen) *Rule of Reason.*[162]

Das von der Kommission verwendete principium divisionis der Beigabe absatzfördernder Pflichten[163] überzeugt auch aus *formeller (methodologischer) Sicht* nicht. Vertriebsbindungen und marketing-politische Abreden sind verschiedene (und eigenständige) Typen vertikaler Intervention. Zwar mögen sich im Einzelfall ihre Wettbewerbsbeschränkungen potenzieren. Indessen geht nicht an, die Kartellrechtswidrigkeit des einen von der Existenz des andern abhängig zu machen. Dies steht wider das ansonsten eingehaltene Konzept der Einzelklauselprüfung.[164]

160 Junghans 14 und SABA 25; vergl. – mit Hinweis auf produktspezifische Eigenschaften – auch BAROUNOS/HALL/JAMES 53 und BELLAMY/CHILD 195.

161 Zur nämlichen Auslegung des Kommissionsentscheides gelangt HOOTZ, SABA, 171; vergl. ferner GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 89.

162 Vergl. vorn 124 f.

163 So vor allem SABA 25, 5. Wettbewerbsbericht 25 f. und SCHMITT, Schwerpunkte, 103 f.

164 Vergl. die Notiz zur Methode vorn 97 f.

Endlich werden selbst Befürworter eines derartig gezügelten Wettbewerbsbegriffes *Praktikabilitätsprobleme* zugestehen müssen. So wartete die Frage, welches objektive Anforderungsprofil (für welche Erzeugnisse) gerade noch erforderlich sei, um den Wettbewerbsbeschränkungscharakter zu kompensieren.[165] Hier hülfe auch die Leerformel des "Fachhandelsvertriebs" nicht weiter, finden doch darin unterschiedlichste Absatzvorstellungen Platz. Mithin besteht die Gefahr, den Ausweg aus dem Dilemma in einem wettbewerbspolitisch fragwürdigen und schlecht fasslichen "Aufhänger" zu suchen. So vermeint beispielsweise SCHEUFELE, dass qualitative "Begrenzung dann keine Wettbewerbsbeschränkung darstelle, wenn der Kreis der Händler den Vorstellungen der Konsumenten" entspreche.[166]

Aus all dem folgt, dass man – zwischenstaatlichen Bezug vorausgesetzt[167] – *jede Form der qualitativen Selektion* in Vertriebsbindungen dem Tatbestand von Art. 85 aussetzen muss. Belanglos bleibt naturgemäss die Durchführung des Auswahlprozesses. Verboten sind auch Vereinbarungen, gemäss denen die Vertriebseigenschaften nicht individuell geprüft, sondern Händler nach ihrer Betriebsform gemieden werden müssen. Dies betrifft insbesondere die Pflicht zur ausschliesslichen Belieferung des Fachhandels oder zum Boykott von Warenhäusern, Verbrauchermärkten resp. Discountern.[168]

Beschränkt die qualitative Selektion gemeinschaftsrechtlich Wettbewerb, tut es a fortiori die *quantitative*. Hier wächst die Schar der übergangenen Aussenseiter weiter und wird Intra-brand-Konkurrenz zusätzlich in der Zahl ihrer Teilnehmer herabgemindert. Lehre und Rechtsprechung sind sich zu Recht über deren

165 Man findet sie angedeutet bei HOOTZ, SABA, 171 und SCHEUFELE, Selektive Distribution, 13 (insb. für das "Spezialgeschäft").

166 SCHEUFELE, Selektive Distribution, 13; nicht wesentlich ergiebiger die Formel bei SCHMITT, Schwerpunkte, 102.

167 Dazu hinten 196 f.

168 Vergl. STÖVER 103, TESSIN, Markenartikelvertrieb, 685, KIRSCHSTEIN, EWG-Kartellrecht 1970, 508 und SCHMITT, Schwerpunkte, 102 sowie die Entscheide Junghans 13, Gerofabriek 13 und Omega 28.

Unverträglichkeit mit Art. 85 Abs. 1 einig,[169] und zwar gleichviel, ob sie im Einzelfall oder nach vorgängiger Zuteilung der Kundschaft erfolge (Rayonnierung nach der Kaufkraft).[170]

Die *Spürbarkeitsgrenze* wird man nicht anders als bei den bisher abgehandelten Warenlaufbindungen festlegen müssen. Zunächst interessiert der Marktanteil des Herstellers.[171] Er zeigt den Ausschnitt aus dem gesamten produktexternen Angebot auf, der durch die individuelle Absatzorganisation Aussenseitern vorenthalten wird. Der (produktinterne) Marktanteil des einzelnen Vertragshändlers spielt ersichtlich keine Rolle.[172] Belangvoll hingegen ist die Ubiquität. Hält sich eine Vielzahl von Produzenten des gleichen Wirtschaftszweiges geschlossene Vertriebsnetze, wird das Angebot auf der gebundenen Handels- (und damit indirekt auf der Hersteller-)stufe unerschliessbar.[173]

Über den *örtlichen Geltungsanspruch* befindet die geographische Lage des mittels Vertriebsbindungen organisierten Distributionsnetzes. Den Ausschlag gibt, ob innergemeinschaftlicher Geschäftsverkehr oder die Anlieferung des Gemeinschaftsgebietes gestört werde. Sowohl der Sitz des bindenden Herstellers wie des

169 Wegbereitend Omega 25 und BMW 5. – Ebenso ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 204, BECHTOLD, Vertriebssysteme, 187, GRAUEL 486, FORRESTER 20, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 193, SCHMITT, Schwerpunkte, 105, REINHART, Vertikale Verträge, 192, SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 54 und KIRSCHSTEIN, EWG-Kartellrecht 1970, 506; aus den Stellungnahmen der Kommission weiter 1. Wettbewerbsbericht 70, 4. Wettbewerbsbericht 26 und 5. Wettbewerbsbericht 26 – A.M. FRIGNANI 371 (mit Fingerzeig auf nicht näher ausgeführte "soziologisch-wirtschaftlich-kommerzielle Gründe").

170 Zutreffend 5. Wettbewerbsbericht 26.

171 Ebenso SCHULTE-MÄTER 99 und SANDROCK, Grundbegriffe, 436 f. – Angesichts des geringen Marktanteils verneinte die Kommission eine Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung in den Vertriebssystemen von Dior und Lancôme. (4. Wettbewerbsbericht 72).

172 Aussenseiter können ja nicht von einem bestimmten Vertragshändler, sondern vom autorisierten Netz schlechthin nicht beziehen.

173 Einlässlich wiederum SANDROCK, Grundbegriffe, 436 f. – Vergl. weiter SCHMIDT 278 (mit Hinweis auf den Geschäftsverweigerungsbericht der OECD), BELKE, Kartellgesetznovelle, 249 und SCHULTE-MÄTER 99 f. sowie das Metro-Urteil 1906.

gebundenen Händlers sagen hierüber nicht aus. Daher unterstehen Art. 85 – neben dem europaweiten und dem inländischen Selektivabsatz[174] – auch Verpflichtungen ausländischer Verteiler zur Abnehmerbeschränkung im EG-Markt.[175] Ist dem Gemeinschaftshändler (nur) im Ausland selektiv zu vertreiben verboten, bleibt das Auswirkungsprinzip unberührt.[176]

### d) Gebietsschutzbindungen

Die Gebietsschutzbindungen stellen keinen in sich geschlossenen Typus der vertikalen Intervention dar.[177] Eine Erfassung unter einheitlichem Titel rechtfertigen aber gerade ihre gleichzielenden Marktwirkungen. Gebietsschutz beschränkt deshalb Wettbewerb, weil er Vertragspartnern und Aussenstehenden internationalen Geschäftsverkehr verbaut.[178] Solche Grenzliefersperren vermindern nachhaltig die (netzinterne und -externe) *Intra-brand-Konkurrenz*, verknüpft mit einer entsprechenden Schrumpfung des Vertragswarenangebots über alle Stufen.[179] Darunter leidet vor

174 In beiden Fällen verliert der gebundene Händler absatzpolitische Freiheit in der Bearbeitung von Gemeinschaftsgebiet, werden Gemeinschaftsbezüger eliminiert und schwindet Intra-brand-Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaftsgrenzen. – Ein Grossteil des Schrifttums verneint eine EWG-kartellrechtliche Wettbewerbsbeschränkung für inländische Vertriebssysteme. (Vergl. z.B. ULMER, Absatzbindungen, 32 f., SCHWARTZ, Vertikale Bindungen, 321, VON GAMM 53, LEHMPFUHL 70 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 193; richtig dagegen TESSIN, Markenartikelvertrieb, 685 und BMW 5).

175 Auch bei dieser internationalen Sachverhaltskonstellation werden Vertriebsnetze im EG-Raum getroffen.

176 Der einzige Bezug zum Gemeinschaftsgebiet, nämlich die Freiheitseinschränkung europäischer Händler, genügt nicht, weil sie nur hinsichtlich der Absatzgestaltung auf Drittmärkten erfolgt. (Vergl. vorn 140 f.).

177 Vergl. vorn Bd. 1, 214.

178 Zu den Wettbewerbswirkungen der einzelnen Gebietsschutzklauseln vorn Bd. 1, 273 f. und 281 f.

179 Hierüber ebenfalls vorn Bd. 1, 282.

allem der zwischenstaatliche *produktinterne Preiswettbewerb.*[180] Dass all dies die territorialen Bindungen dem Kartellverbot von Art. 85 Abs. 1 zuführt, wird heute nirgendwo ernstlich in Abrede gestellt.[181]

Vor der Festigung der Behördenpraxis war einer generellen Unterstellung mit dem *Vorbehalt* allfälliger Markterschliessungseffekte widersprochen worden. Isolierte Absatzgebiete stünden im Dienste einer rationellen Verteilung[182] und förderten hiermit interbrand competition.[183] Ein solcher Befreiungsversuch scheitert abermals an der dogmatischen Unverträglichkeit von Rule-Überlegungen mit Abs. 1. Gleichfalls fruchtet die Feststellung nichts, Grenzabriegelung beschränke keinen erhaltenswerten Wettbewerb, gelte es doch, den Marktbearbeitungsaufwand der ordentlichen Händler zu entlöhnen.[184] Abgesehen vom Problem, die Grenzen

180 Vergl. unter vielen KUHLMANN 46, BELKE, Relevanter Markt, 260, LOEBELL 35, SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 49 und 1. Wettbewerbsbericht 66 f.

181 Vergl. BEIER 86, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 241, SPORMANN, Konturen, 134, ders., Europäischer Alleinvertrieb, 49, KEYSER 288 f., PRÖBSTING 169, TESSIN, AVV im EWG-Kartellrecht, 1262, SCHOLZ 5, SCHLUEP, Vergleich, 11, FULDA 311, SCHRÖTER 116, FRIGNANI 373, WENGLE 103, DERINGER, Kommentar, Rn. 55 zu Art. 85 Abs. 1, BELLAMY/CHILD 180, SCHWANKE 175 f., EHLERS 426, HEER 31, HAGENAUER 148, KUHLMANN 46, LOEBELL 35, MAILÄNDER, AVV, 842, PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER 202, FORRESTER 15; aus der reichen Praxis (neben Grundig/Consten) vor allem Sperry Rand 42, Agfa-Gevaert 67 f., Miller 41 f. (Kommission) und 148 (Gerichtshof), Du Pont 28, Citroen 420, WEA-Filipacchi 54, Kodak 25, Gerofabriek 11 f., Theal/Watts 23 f., Philips 40 f., Niederländischer Verlegerverband 93, Distillers 24, Französische Mineralwasserfirmen 93 f., BMW Belgium 39 f. Kawasaki 14, Arthur Bell 17, Teacher 21 f. – A.M. noch ein Teil der älteren Lehre: KLAUSING 39 f., KLEEMANN, Ausschliesslichkeitsverträge, 1634, NEUMANN, Ausfuhrverbote, 480, LANGENKAMP 173, LUTZ/BASSON 387, GLEISS, Urteile, 175, VON HOLT 117, LEHMPFUHL 72 f., LUTZ, Reimporte, 4 und ders., Preis- und Vertriebsbindungen, 981 f.

182 So z.B. LUTZ, Preis- und Vertriebsbindungen, 981.

183 Hinreichenden produktexternen Wettbewerb stellen heraus: MÖHRING, Reimportklausel, 181 f., HOOTZ, AVV, 2250, NEUMANN, Ausfuhrverbote, 480 und LUTZ, Reimporte, 3.

184 Vergl. KLEEMANN, Ausschliesslichkeitsverträge, 1634 ;gleichsinnig LEHMPFUHL 75 f., LUTZ, Reimporte, 3 f. sowie ders., Preis- und Vertriebsbindungen, 981 f. ("Förderung eines destruktiven Wettbewerbs").

einer solchen "schutzwürdigen" Konkurrenz überhaupt auszustecken[185], führte diese Einengung des wettbewerbspolitischen Schutzgutes zu absurden Ergebnissen. Sie reduzierte den sachlichen Anwendungsbereich des vertikalen Kartellrechts in letzter Konsequenz auf eingespielte Vertriebssysteme. Jede von Aussenseitern eingeleitete Unregelmässigkeit in den Absatzwegen würde zum ungehörigen (weil "absahnenden") Eingriff in behütete Wettbewerbspositionen. Damit aber setzte die herstellerische Distributionspolitik Marksteine für den kartellrechtlichen Zugriff. Eine gänzlich unhaltbare Folgerung! Nämliches gilt für das (insb. im Zusammenhang mit nationalen Preisbindungen vorgebrachte) Argument, räumliche Klauseln verhinderten durch Beschränkung eine "Verfälschung" des Wettbewerbs.[186] [186a]

Der notorischen Marktabkapselung wegen darf man beim Gebietsschutz ebenfalls vom Ergebnis auf dessen *Zweck* schliessen,[187] wenigstens soweit förmliche Import- bzw. Exportverbote vereinbart sind. Aber auch einzelne Surrogate und verwandte Bindungen verraten unzweideutig verpönte Parteiabsicht. Man denke etwa an Paralleleinfuhren erstickende Warenzeichenabreden[188],

185 Darauf weist auch SCHWANKE (176) hin.

186 Vergl. BASSON 602, KLAUSING 42f., LUTZ, Reimporte, 3f. und LUTZ/BASSON 387. Auch hier bestimmte die *Vertriebswegeordnung des Produzenten,* welcher Wettbewerb "verfälscht" und welcher "unverfälscht" sei. (Vergl. die Notiz bei SCHWANKE 179) Konkurrenzhandlungen von Aussenseitern erhielten hiermit das Attest der *Unredlichkeit.* Ein solches vermag aber allenfalls das nationale Lauterkeitsrecht auszustellen. (Zur Frage des Lauterkeitsverstosses auch MÖHRING, Reimportklausel, 181).

186a Ebenfalls ist ohne Belang, ob Gebietsschutz auf *Veranlassung der Händlerschaft* eingeführt wurde und ob diese wegen den Marktverhältnissen (zur Zeit) keine Lust zu Aussenhandelsgeschäften zeigt. (Zutreffend der Gerichtshof im Entscheid Miller 148f.).

187 Vergl. vorn 137; wie hier Kawasaki 14 und Arthur Bell 17; anders offenkundig HONIG/BRAUN/GLEISS/HIRSCH 21.

188 Vergl. namentlich die Entscheide Grundig/Consten 393f. und Theal/Watts 23f.; auf "Wettbewerbsbeschränkung" erkennen auch STUMPF/LÖSCH 29, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 130f., MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 333, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 187, SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 51, ders., Konturen, 134, SCHLIEDER, Vertikale Kooperation, 148f., PLAISANT/

an Querliefervorschriften[189] oder an das Verbot eines Wiederverkaufs vor Import resp. eines Weiterverkaufs über Grenzen unter Zollverschluss.[190] Uneinigkeit herrscht dagegen über die Behandlung der "profit pass over clause". Ob solche Ausgleichszahlungen den Anreiz zu einer räumlichen Ausweitung der Absatzgebiete beseitigen, wird zumeist von ihrer Höhe abhängig gemacht.[191] In der Tat bleiben Exportlieferungen aus, falls die Abgaben den Gewinn aus dem Auslandgeschäft aufzehren. Erkennt man indessen in der Übergrenzprovision einen verkappten "Rabattausgleich unter den Gebietshändlern",[192] sonach einen Angriff auf die Kalkulationsfreiheit der Abnehmer und auf den produktinternen Preiswettbewerb, drängt sich eine prinzipielle Unterstellung unter Art. 85 auf.[193] Aus den gleichen Gründen sind sämtliche Preismanipulationen verboten, die die Anlieferung von Fremdgebieten erschweren. (Zahlstellenvorschriften[194], nach Warendestination

FRANCESCHELLI/LASSIER 196 und GLEISS, Urteile, 175; vergl. ferner DERINGER, AVV, 1589 f., GRAUPNER, Rules of Competition, 125 f., KIRSCHSTEIN, AVV, 786 f., SCHULTE-MÄTER 30 f., SCHWARTZ, Ausschliesslichkeitsverträge, 209 f.

189 Ausführlich vorn 150 f.

190 Besonders illustrativ Distillers 24; vergl. auch BELLAMY/CHILD 187 sowie Arthur Bell 17 und Teacher 21 f.; neustens ferner SHARPE 451.

191 Für Unterstellung *prohibitiver* Abgaben BECKER, Vertical Agreements, 115 f., BAROUNOS/HALL/JAMES 52, SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 50, ders., Konturen, 134, ders., Gruppenfreistellung, 177, HOOTZ, AVV, 2251, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 128, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 185 (mit Nuancen) und MARKERT, Anwendung, 363. – Vergl. für das amerikanische Recht auch ROTH 610.

192 BELKE, Relevanter Markt, 288.

193 Richtig BELKE, Relevanter Markt, 288. – Ähnlich GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 178 f.: Nach ihnen liegt eine Konkurrenzbeschränkung deshalb stets vor, "weil die Wettbewerbsposition des zur Zahlung verpflichteten Unternehmens geschwächt, sein Export verteuert und so ein Beitrag zur gegenseitigen Respektierung von Vertragsgebieten geleistet wird". – Nicht zu beanstanden sind *Meldepflichten* über Auslandverkäufe (gl.M. HOOTZ, AVV, 2251), sofern die Exporte selber ungeahndet bleiben.

194 Aufschlussreich vor allem Kodak 25; vergl. auch GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 183.

gestaffelte Rabattsätze[195], Pflichten zur Einhaltung nationaler Preisbindungen[196] usw.) Marktabschottend können auch kundendienstpolitische Vorschriften wirken, allen voran das Verbot der Betreuung importierter oder im Ausland erworbener Erzeugnisse.[197] [197a] Im Einzelfall ist überdies abzuklären, ob Mindestabnahmeklauseln ohne Verrechnung der Absätze in Gastländern[198] oder Kündigungsvorbehalte wegen unzureichender Bearbeitung des eigenen Rayons[199] zwischenstaatliche Hindernisse aufbauen.

Selbst gebietsschützerische Vereinbarungen sind keine per-se-Tatbestände,[200] müssen *spürbar* also den Wettbewerb beschränken.

195 Vergl. die Rabattordnung in den Fällen Pittsburgh Corning Europe 36 f. und Distillers 25 f. — Wie hier auch FORRESTER 15 und ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 188.

196 Ebenso BAROUNOS/HALL/JAMES 52, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 187, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 182 f. und HERMANNS, Selektiver Vertrieb, 173; unrichtig dagegen KLAUSING 46 f.

197 Durch diese Verknüpfung von Verkauf und Kundendienst soll die Attraktivität der Auslandeinkäufe schwinden. Allfällige Preisvorteile beim Erwerb werden durch höheren Aufwand für den "After-Sale-Service" wieder aufgewogen. – Nahezu einhellig auch Praxis und Lehre: Vergl. die Stellungnahmen Constructa 41 und Zanussi 27, 7. Wettbewerbsbericht, 25 f., den Entscheid Zanussi 38, VON DER GROEBEN, Handbuch, 97 f., REINHART, Vertikale Verträge, 192, SPORMANN, Entwicklung, 441, ders., Europäischer Alleinvertrieb, 51, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 186 und STUMPF/LÖSCH 21 f.; a.M. (mit formaler Begründung) GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 180.

197a Nämliches gilt für die Verweigerung von Garantiediensten für Waren, an denen Änderungen vorgenommen wurden. Denn alsdann entfällt für die Händler der Anreiz "grau" importierte Waren den sicherheitspolizeilichen Ausrüstungsvorschriften des Verkaufslandes anzupassen. (Vergl. Entscheid Zanussi 38).

198 Mindestabnahmen können vor allem auf der Bezugsseite wettbewerbsbeschränkend wirken. (Vergl. hinten 175) Werden für die Erfüllung des Plansolls aber Auslandverkäufe nicht mitgezählt, ist auch der Absatz des Händlers (räumlich) gesteuert. Hiebei bestimmt die Höhe der Abnahmequoten ersichtlich den Umfang der für den Inlandvertrieb gebundenen Kapazitäten.

199 Die Klausel ist als solche unbedenklich und dient der Verkaufserfolgssicherung. Wird das Kündigungsrecht aber zum Pressionsmittel gegen einen Ausbruch aus der territorialen Absatzwegeordnung, hat man wettbewerbsbeschränkenden Gebietsschutz vor sich. (Ebenso BELKE, Relevanter Markt, 287 f.).

200 Ein per-se-Verbot war teilweise in den Grundig/Consten-Entscheid hineininterpretiert worden. (Vergl. GLEISS, Urteile, 170, PFEIFER, Grundig/Consten, 679 und

Da sie nur räumliche Ausformungen bereits auseinandergesetzter Warenlaufregeln sind, eröffnen sich keine Sonderaspekte. Die De-minimis-Schwelle bestimmen in erster Linie die Marktposition des Binders[200a] und die Ubiquität auf den gebundenen Handelsstufen.

Hingegen bedarf einlässlicher Prüfung, wann Gebietsschutz in der Gemeinschaft sich niederschlägt. Massgeblich für die Verletzung des *Auswirkungsprinzips* ist alleinig die Sperrzone, will heissen der geographische Raum, in den die Vertragserzeugnisse nicht eindringen dürfen. Weder spielt der Sitz von Hersteller oder Händler eine Rolle noch der Umstand, ob die Geschäftsverweigerung im Absatz (räumliche Vertriebsbindung) oder in der Beschaffung (räumliche Bezugsbindung) geschuldet sei. Wie beim Alleinvertrieb sind im einzelnen vier Fallgruppen auseinanderzuhalten:

Vorab interessiert das *Verbot des Warenverkehrs mit einzelnen Gemeinschaftsländern.*[201] Soweit EG-zwischenstaatliche Geschäftsabschlüsse untersagt sind, ist der räumliche Geltungsanspruch offenkundig. Es geht ausschliesslich Handlungsfreiheit von (gebundenen und gemiedenen) Gemeinschaftsunternehmen verloren, der Vertragswarenwettbewerb wird innerhalb der Gemeinschaftsgrenzen herabgesetzt.[202] Obwohl der eine Partner im Aus-

MAILÄNDER, AVV, 843). – Wie hier ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 188, SCHLUEP, AVV I, 166, CAMPELL, Common Market Law, 161, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 129, VON GAMM 53, PRÖBSTING 169, KIRSCHSTEIN, AVV, 783, SPORMANN, Konturen, 134 und BELKE, Relevanter Markt, 280.

200a Dass sie bezüglich der herstellerischen Marktstellung von den Wettbewerbsbehörden nicht sehr hoch angesetzt wird, machte namentlich der GH-Entscheid i.S. Miller klar. (Vergl. insb. 148 f.) Man beachte zudem die Spürbarkeitsbefunde in den Entscheiden Arthur Bell (17 f.) und Teacher (21).

201 Meist werden in der Praxis *generelle Import-/Exportverbote* (ohne räumliche Spezifizierung) erlassen, die natürlich auch (und im besonderen) intra-gemeinschaftliche Lieferungen über die Grenze untersagen. (Vergl. Philips 41, Kawasaki 9, Teacher 21 f., Arthur Bell 17, Agfa 68, Du Pont 28, Kodak 25 f., WEA-Filipacchi 53, Theal/Watts 23, Gerofabriek 11, Sperry Rand 42) Rar sind Ausfuhrsperren für einzelne Mitgliedstaaten. (Vergl. immerhin die Fälle AEG-Telefunken und Dalle Crode).

202 Ohne Belang ist der Sitz des bindenden Herstellers. Er mag im gleichen EG-Staat wie der Händler oder im Ausland ansässig sein. (Vergl. EBEL 826, SANDROCK,

land residiert, liegt der Fall gleich, dass ein Mitgliedstaat von Fremdmärkten her nicht angeliefert werden darf.[203] Auch hier wird gemeinschaftliche Intra-brand-Konkurrenz und – einseitig – Planfreiheit von EG-Händlern getroffen.

Schwieriger sind die *Verbote des Warenverkehrs mit dem EG-Gebiet* (als ganzem) zu beurteilen.[204] Je nach dem Stand des Warenflusses hat man zwei Tatbestände zu sondern: Regelt die räumliche Bindung den erstmaligen Grenzübertritt – Hauptfall: Ausländischer Hersteller verwehrt (ausländischen) Händlern EG-Verkäufe – ist zweifelsohne Gemeinschaftsgebiet berührt.[205] Nichts unterscheidet sie nämlich von der eben erörterten Abriegelung eines einzelnen Mitgliedstaates. Strittig ist die Rechtslage jedoch, wenn das Verbot einen neuerlichen Grenzübertritt vereitelt, EG-Hersteller also einem Wiedereindringen bereits exportierter Erzeugnisse in den Gemeinschaftsraum sich entgegensetzen. Bis vor kurzem verneinte die Praxis eine europakartellrechtlich erhebliche Wettbewerbsbeschränkung mit dem (bereits im frühen Grosfillex/Fillistorf-Entscheid vertretenen) Argument, ausgeführte Waren vermöchten der doppelten Zollbelastung wegen kaum durch Re-Import aktuelle Intra-brand-Konkurrenz zu entfachen.[206] Diese Begründung wird nun aber sichtlich hinfällig, sobald zwischen den betroffenen Staaten die Zollbarrieren gefallen sind. Das ist seit dem 1. Juli 1977 vor allem innerhalb der "Grossen Freihandelszone" (erweiterte EG, umgeben von einem Kranz paralleler Frei-

Grundbegriffe, 503, SCHLUEP, AVV I, 147, ULMER, Preis- und Vertriebsbindungen, 18, SCHWANKE 184 sowie SABA 24, Kawasaki 14, Teacher 21 f., Arthur Bell 17 und AEG-Telefunken 39).

203 (Begrenztes) Exportverbot für ausländische Händler, Importverbot für Abnehmer im betreffenden EG-Staat. – Diese räumliche Konstellation ist selten. Meistenteils wird der Geschäftsverkehr mit dem gesamten Gemeinschaftsraum geregelt. (Vergl. immerhin das Beispiel bei FORRESTER 10).

204 Aussperrung des EG-Gebiets für ausländische, allgemeines Einfuhrverbot für (sämtliche) europäische Händler.

205 Wie hier offenbar SCHLUEP, AVV I, 149, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 158.

206 Grosfillex/Fillistorf 381 und SABA 26; aus dem Schrifttum MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 158.

handelsabkommen mit den Rest-EFTA-Staaten)[207] verwirklicht. Jede Gebietsschutzklausel, die den Wiedereintritt aus solchen Freihandelsländern unterbindet, ist somit nach Art. 85 Abs. 1 "Wettbewerbsbeschränkung".[208]

Damit nicht genug! Auf die Höhe der Zollschranken im Einzelfall abzustellen, überzeugt auch aus wettbewerbspolitischen Grundsatzerwägungen nicht. Denn einmal schliesst die geschützte Handlungsfreiheit auch die Chance eines Einkaufs zu höherem Preis ein.[209] Zudem vergisst diese Lehre, dass die Verbotsnorm jeden, in Sonderheit auch den potentiellen Wettbewerb offenhalten will.[210] Im Kontext ist es durchaus vorstellbar, dass potentielle Konkurrenz in Ausnahmefällen zur aktuellen wird.[211] Man denke etwa an ein zwischenstaatliches Preisgefälle,[212] aber auch an inner-

207 Zum Inhalt dieser Freihandelsabkommen vergl. (für das Verhältnis Schweiz-EWG) ZELLER W., Die Schweiz in der europäischen Freihandelsordnung, Kommentar zum Abkommen mit den Europäischen Gemeinschaften, Zürich 1972, Das Freihandelsabkommen Schweiz-EWG, Zürich und St. Gallen 1972, RIKLIN A./ZELLER W., Verhältnis der Schweiz zu den Europäischen Gemeinschaften, in: Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern und Stuttgart 1975, 447 f. (insb. 470 f.), SENTI R., Die Schweiz und die Europäischen Gemeinschaften, in: Die Schweiz und die internationalen Wirtschaftsorganisationen, Zürich 1975, 103 f. (insb. 117 f.) sowie THALMANN J., Das Schweizer EWG-Handbuch, Frauenfeld und Stuttgart 1972, 138 f.

208 Einen Systemwechsel in der Beurteilung von Gebietsschutz innerhalb der "Grossen Freihandelszone" hat auch die Kommission eingeleitet. (Vergl. – allerdings für ein Verbot des Exports in Drittmärkte – Junghans 14, Campari 84 und Distillers 24 sowie 6. Wettbewerbsbericht 90 f.).

209 Ähnlich betonen die Freiheitseinbusse (von der Absatzseite her) SCHWANKE 183 und SCHLUEP, AVV, 149.

210 Zum Schutz des *potentiellen* Wettbewerbs (statt vieler) GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 99, DERINGER, Kommentar, Rn. 28 zu Art. 85 Abs. 1 und MAILÄNDER, Kommentar, 200 f.

211 "Anomale Umstände" behält sich auch die Kommission vor. (Grosfillex/Fillistorf 381).

212 In den Entscheiden SABA (26) und Grosfillex/Fillistorf (381) hatte die Kommission günstigere Bezugsbedingungen der Auslandhändler verneint.

gemeinschaftliche Versorgungsschwierigkeiten.[213] Endlich stellte sich die schwierige Frage, welcher Zollsatz des Ausfuhrstaates denn mit Sicherheit Re-Exporte zu unterbinden vermöge.[214] Aus all dem ist zu folgern, dass jedes Hindernis in der Anlieferung des Gemeinschaftsraums – unbesehen des Ursprungs der Waren – in den örtlichen Anwendungsbereich des Art. 85 fällt.[215]

Ausserhalb der Reichweite des Wirkungsstatuts verbleiben *Verbote des Warenverkehrs mit Drittstaaten.*[216] Sie normieren lediglich den Abfluss von Gütern. Die EG-Händler verwirken nur Partnerwahlfreiheit auf Fremdmärkten. Der produktinterne Wettbewerb in der Gemeinschaft kann, da die ausgesperrten Verteiler Ausländer sind, ungehindert sich entfalten.[217]

Für die Frage schliesslich, ob auch der *inländische Gebietsschutz* Auswirkungen innerhalb des Gemeinsamen Marktes zeitige,

213 Eine Verknappung des Vertragswarenangebots im Gemeinschaftsgebiet mag Händler bei entsprechenden Nachfrageverhältnissen dazu veranlassen, (teurer) im Ausland einzukaufen.

214 Hierzu schon KIRSCHSTEIN, Grosfillex/Fillistorf, 561.

215 In die gleiche Richtung zielt die neuere Praxis der Wettbewerbsbehörden. – Vergl. BECHTOLD, Bedeutung, 470, ders., Zwischenstaatlichkeitsklausel, 259 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 103 (mit Hinweisen).

216 Verbot für EG-Händler, in Drittmärkte auszuführen; Verbot für ausländische Verteiler, aus dem Gemeinschaftsgebiet zu beziehen.

217 Vergl. SCHWANKE 181, EBEL 820, GUTZLER 222, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 160, MÜLLER-FEMBECK 108, 113. – Die *Kommission* hat über Jahre mit dem gleichen Ergebnis (aber etwas anderer Begründung) judiziert. (Vergl. Kodak 26, Omega 25, SABA 26 und Goodyear/Euram 11 f.; ferner SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 54, KIRSCHSTEIN, EWG-Kartellrecht 1970, 502 und HOOTZ, SABA, 171) Seit dem Junghans-Entscheid scheint sie strenger zu rechten gewillt: Sie nimmt auch für Exportverbote bezüglich Auslandmärkten eine gemeinschaftsrechtliche "Wettbewerbsbeschränkung" an, sofern zwischen den beteiligten Staaten die Zollschranken abgebaut sind. (Junghans 14 ;grundsätzlich gleich trotz abweichendem Einzelfallbefund Distillers 24 und Campari 74) Leider unterbleibt eine genauere Kennzeichnung des Niederschlags im Gemeinschaftsgebiet. Sie hätte gerade deshalb interessiert, weil solche Gebietsschutzabreden grundsätzlich weder Ausländern Exporte noch Inländern Importe zu tätigen versagen. Allenfalls mittelbare Reflexe lassen sich ausmachen: Mit dem begrenzten Abnehmerkreis auf Fremdmärkten schwindet auch die Zahl potentieller Auslandlieferanten für EG-Bezüger.

haben die Ausführungen zum binnenstaatlichen Alleinvertrieb Gültigkeit:[218] Man muss sie bejahen, weil europäische Wiederverkäufer sich nicht frei Bezug und Absatz (im Gemeinschaftsinnern) gestalten können und Intra-brand-Konkurrenz diesseits der EG-Grenzen eingeschnürt wird.[219]

## 2. Bindungen der Angebotsgestaltung

### a) Bindungen hinsichtlich des parteiexternen Verhältnisses

#### aa) Bindungen über die Vertragsgestaltung mit Dritten

Qualifizierte Absatz- bzw. Vertriebsklauseln verursachen, da sie eine Distributionsordnung über mehrere Marktstufen einrichten[220], Wettbewerbsbeschränkungen doppelten Ursprungs: Durch die Erstbindung (zwischen den eigentlichen Kontrahenten) wird der Schuldner zufolge der Inhaltsvorschrift[221] auf eine besonders geartete Selektionspolitik festgelegt.[222] Damit fallen widerspenstige Händler aus und lässt *Intra-brand-Konkurrenz* auf der betroffenen Stufe nach.[223] Die Zweitbindung zwischen Erstbindungsschuldner und übernahmebereitem Abnehmer weitet die Boykottwirkungen aus auf all jene, die von diesen nicht bedient werden dürfen. Wettbewerbspolitisch unterscheidet sie nichts von einer

218 Vergl. vorn 141.

219 Ebenso SCHWANKE 173.

220 Zum Begriff vorn Bd. 1, 182 f. und 201 f.

221 Qualifizierte Warenlaufklauseln schreiben zunächst dem Gebundenen den Inhalt der Verträge mit Dritten vor. (Vergl. vorn Bd. 1, 283).

222 Selektionsanweisung: Ausschliessliche Belieferung zur Übernahme der Wettbewerbsbeschränkungen bereiter Händler.

223 Bereits die *Erstbindung* setzt eine Beschränkung des Wettbewerbs in Szene. Dies kann nicht mit der Behauptung übergangen werden, sie überbürde den Endadressaten (Zweitbindungsschuldnern) noch keine Geschäftsverweigerungspflicht. (Vergl. zu den Parteivorbringen im Grundig/Consten-Fall DERINGER, AVV, 1589).

autonomen Warenlaufabsprache zwischen Erst- und Zweitbindungsschuldner. Qualifizierte Warenlaufregeln unterstehen deshalb grundsätzlich dem Verbotstatbestand.[224] Ob sie spürbar sich auswirken und ob sie einen Niederschlag im Gemeinschaftsgebiet hinterlassen, ist wie bei dem in Frage stehenden (einfachen) Bindungstypus festzulegen.[225]

bb) Bindungen generellen Absatz- und Unternehmensverhaltens

*α) Interessenwahrnehmungs- und Absatzförderungsbindungen*

Die gemeinen Absatzförderungs- und Interessenwahrnehmungspflichten sind europakartellrechtlich unverdächtig.[226] Dass die Verkaufsanstrengungen auf die Marktgegenseite ausstrahlen, macht sie allein noch nicht zu "Wettbewerbsbeschränkungen".[227] Indes kommt alles auf die praktische Handhabung im Einzelfall an.[228] Bindet die Förderungspflicht das gesamte händlerische Leistungspotential an den Vertragswarenvertrieb, mag sie eine Exklusivität im Bezug bezwecken oder bewirken.[229] Werden übersetzte Erwartungen an Verkäufe im eigenen Rayon gestellt, kann ein Gebietsschutzsurrogat vorliegen.[230]

224 Gleich urteilte die Kommission in den Entscheiden BMW (5) und SABA (25 f.).

225 Vergl. vorn 138 f. und 156.

226 Vergl. Omega 25 und Rieckermann/AEG-Elotherm 26; unentschieden GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 187.

227 Die Absprachen sind meist zu vage gehalten, als dass eine Gleichschaltung bestimmter Aktionsparameter im produktinternen Konkurrenzkampf erfolgte.

228 Vergl. im Kontext auch MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 228.

229 Vergl. vorn Bd. 1, 191.

230 Die Pflicht zur Intensivbearbeitung eines Vertragsgebietes verstösst für sich genommen nicht gegen Art. 85 Abs. 1. (Ebenso STÖVER 100 f.).

### β) *Marketing-politische Bindungen*

Nirgendwo im Bereiche der Vertikalintervention herrscht so grosse Unsicherheit und Verlegenheit wie beim Urteil über marketing-politische Bindungen.[231] Nicht selten wird ihm gänzlich ausgewichen. Wo man sich daran heranwagt, fällt ein verbreitetes Begründungsdefizit auf. Soweit ersichtlich, fehlt jeder Ansatz zu einer wettbewerbstheoretischen Grundlegung.

Man wundert sich daher nicht ob der recht konfusen Praxis der Kommission. In älteren Entscheiden hatte sie in den Sachverhaltsaufnahmen Marketingbindungen ausgemacht, sie aber keiner wettbewerbsrechtlichen Begutachtung zugeführt[232] oder bloss (apodiktisch) deren Verträglichkeit mit Art. 85 Abs. 1 festgestellt.[233] Erst in den beiden jüngeren Fällen SABA und BMW bejahte sie eine Wettbewerbsstörung[234] mit dem Vermerk, solche Vorkehren bewirkten "eine starke Bindung der zugelassenen Händler" an den Hersteller. Sie führten "zum Ausschluss derjenigen Unternehmen, die zwar die qualitativen Zulassungsvoraussetzungen erfüllen, die aber nicht in der Lage oder bereit sind, diese Verpflichtungen zu übernehmen."[235] Mit dieser Theorie vermengt die Kommission abermals[236] die Wettbewerbswirkungen unterschiedlicher Interventionstypen. Nicht die marketing-politischen Abre-

231 Bezeichnend das Votum von RICHTER am VI. Kartellrechtsforum in Brüssel, wiedergegeben in: Neue Entwicklungen im EWG-Kartellrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1977, 105.

232 D.R.U./Blondel 256, Duro-Dyne/Europair 11 f.

233 So z.B. in den Entscheiden Omega 25 und Du Pont 28.

234 Freilich nicht für sämtliche, sondern nur für die über den ordentlichen Fachhandelsvertrieb hinausgehenden Pflichten. (SABA 25; etwas strenger BMW 4 f.).

235 SABA 25; gl.M. offenbar auch BECHTOLD, Vertriebssysteme, 189, STÖVER 101 und HOOTZ, SABA, 171.

236 Vergl. zur seitenverkehrten Verzahnung von Vertriebs- und Marketingbindung vorn 154.

den besorgen die Drittausschlüsse[237], sondern die mit ihnen verknüpfte Selektionspolitik resp. deren Einkleidung in synchrone Vertriebsbindungen.[238]

Die wettbewerbsrechtliche Nahtstelle muss sich also anderswo durchziehen.[239] Auszugehen hat man von den durch Marketing-Klauseln verursachten Wettbewerbsschäden. Sie legen – als *"partielle Konkurrenzbeschränkungen"* – den Händler auf einen gewissen Einsatz gewisser Vertriebsinstrumente fest. Wenn diese Modalitäten der Angebotsgestaltung lückenfrei durchgesetzt sind, kann für den gesamten Vertragswarenabsatz in den genormten Unterformen kein Wettbewerb aufkommen. Dem Marktstufennachbar werden hiedurch die qualitativen Bezugsbedingungen vorgezeichnet.[240] Europakartellrechtlich ist nun entscheidend, dass der Verbotstatbestand – als verschiedene Erscheinungsformen des Wettbewerbs – Nebenleistungs-, Qualitäts-, Preis- und Werbekonkurrenz (je eigenständig) in Schutz nimmt.[241] Marketing-politische

237 Vergl. die Ausführungen über die Typologie der Vertikalbeschränkungen vorn Bd. 1, 265 f.

238 Finden sich marketing-politische Regeln im *1-stufigen Selektivvertrieb,* bleiben faktisch zwar jene Bezüger ausgeschlossen, die sich nicht in die Distributionsordnung einreihen wollen. Dies ist aber nicht Ausfluss der Vertragsabsprache, sondern der *autonomen Selektionspolitik* des Herstellers. Sind für die Weiterleitung der Absatzideen Marketing- und Vertriebsbindungen ineinander verkoppelt, wurzelt die Geschäftsverweigerung im Warenlauf- und nicht im Angebotsgestaltungskomplex. – Kritisch zu den Selektionswirkungen als Bewertungsmassstab RICHTER, a.a. O., 105 f.

239 Auch im Schrifttum begegnet man keinen substantiellen Stellungnahmen. (Exemplarisch SPORMANN, Konturen, 132) Gelegentlich wurde versucht, zwischen Pflichten auf ein *Tun* und solchen auf ein *Unterlassen* zu sondern und nur letztere unter Art. 85 Abs. 1 zu stellen. (So etwa RICHTER, a.a. O., 105) Nun ist nicht einsehbar, wieso der Schutz des Wettbewerbs davon abhangen soll, ob dessen Beschränkung formal auf eine Tätigkeits- oder auf eine Unterlassungsorder zurückgeht. Kommt dazu, dass sich nicht selten ein und dasselbe Absatzverhalten sowohl in ein Gebot wie in ein Verbot einkleiden lässt. (Positive/negative Absatzbindung oder Vertriebsbindung; vergl. vorn Bd. 1, 200 f.) – Gegen die Unterscheidung auch STÖVER 100 f.

240 Einlässlicher vorn Bd. 1, 290 f.

241 Vergl. vorn 126 f.

Bindungen sind demnach "Wettbewerbsbeschränkungen" nach Art. 85 Abs. 1, sofern sie bei geschlossenen Vertriebssystemen die Verwendung eines Aktionsparameters derart einengen, dass freie Konkurrenz in der betreffenden Unterform spürbar beeinträchtigt wird. Darüber aber lässt sich nur im Einzelfall anhand des konkreten Weisungsinhalts rechten.[242]

Fürs erste sind Fesseln des *Nebenleistungswettbewerbs* zu betrachten. Dieser lässt sich bekanntlich mit ungezählten absatzpolitischen Mitteln austragen.[243] Im Selektivvertrieb stösst man zumal auf Vorschriften über Einrichtung, Ausstattung und Warenpräsentation, über Personal und über Kundendienst.[244] Kartellrechtlich bleiben solche Bindungen unbedenklich, solange bloss ein Teil des verfügbaren Instrumentariums im betreffenden Wettstreit ausfallen muss. Dies gilt gewiss für den Fall, dass bezüglich des Einsatzes eines Einzelinstruments (Bsp.: Kundendienst) Minimalanforderungen bestehen, dieser aber nebenher noch variiert werden kann.[245] Auch die gänzliche Knebelung des einen Instruments dürfte in der Regel Art. 85 Abs. 1 nicht zuwiderlaufen, weil dem Händler auf andere (gleichwertige) auszuweichen offensteht.[246] Nun treten im selektiven Vertrieb die genannten Pflichten oftmals im Verbunde auf.[247] Bleibt alsdann zur Bestreitung des Nebenleistungswettbewerbs kein hinreichender Handlungsfreiraum übrig,

242 Auch einem Zugriff von Art. 85 Abs. 1 auf Marketingbindungen steht der Umstand nicht entgegen, dass ein grosser Teil von ihnen gruppenfreistellungsfähig ist. (Art. 2 Vo 67/67) Vergl. NIEDERLEITHINGER, Gruppenfreistellungsverordnung, 200, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 332, KIRSCHSTEIN, Gruppenfreistellung, 376 und BECHTOLD, Vertriebssysteme, 189.

243 Für alle POECHE 3437.

244 Vergl. vorn Bd. 1, 202 f.

245 Ähnlich STÖVER 101.

246 Beispiel: Sind Garantie- und Kundendienste gleichgeschaltet, lassen sich Ausstattung, Beratung usw. noch individualisieren. – Eine Ausnahme wäre womöglich vorzusehen, falls das blockierte Instrument die freigehaltenen an Bedeutung weit überragt.

247 Vergl. etwa Omega 22 f., Duro-Dyne/Europair 11, BMW 2 f., SABA 22.

ist die Verbotsnorm verletzt.[248] [249] Allenfalls unter dieser Voraussetzung werden auch qualitative Lagerhaltungsregeln zu beanstanden sein.[250]

Andere Massstäbe gelten für Mindestvorrats- und Sortimentsbestimmungen. Erstere erwecken zumeist keinen Argwohn.[251] Absorbieren sie jedoch in einem Ausmass Händlermittel, das die gleichzeitige Beschaffung fremder Erzeugnisse erheblich erschwert, kann eine verkappte Bezugsausschliesslichkeit vorliegen.[252] Die Pflicht zur Abnahme vollzähliger Leistungsprogramme des Produzenten entgeht Art. 85 Abs. 1, soweit Sortimentsergänzung faktisch noch möglich ist. Andernfalls muss man wiederum eine getarnte Fremdwarenbezugsklausel diagnostizieren.[253] Dagegen verletzen das Kartellverbot Pflichten der Verteiler zur (meist exklusivrechtlich abgesicherten) Komplettierung des herstellerischen Fertigungsprogramms.[254]

Die Steuerung des *Werbewettbewerbs* beurteilt sich nach dem Umfang des vertraglich eingefrorenen werbepolitischen Intrumentariums. An einer allgemeinen Reklamepflicht oder an finanziellen Mindestanforderungen wird niemand Anstoss nehmen.[255] Ungefährlich erscheinen auch Spezialanweisungen über

248 Richtig (im Ergebnis) BMW 5 ;anders KÖNIG 95.

249 Die kartellrechtliche Prüfung darf nicht bei der Teilklausel verharren. Allemal ist zu fragen, welche andern Instrumente nicht frei variierbar sind. (Nicht überzeugend Du Pont 28 und Omega 25; ebenso SPORMANN, Konturen, 132 und GRÜNEKLEE 104).

250 Vergl. das Negativattest in Kodak 25.

251 Vergl. Omega 25; ebenso GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 188.

252 Quantitative Lagerhaltungsbindungen bemängelte die Kommission (allerdings mit anderer Begründung) in den Entscheiden BMW 4 f. und SABA 25; vergl. auch HOOTZ, SABA, 171.

253 Grosszügiger offensichtlich GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 188; für Einzelfallprüfung auch MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 332; vergl. ferner das Verbot im Entscheid SABA 25.

254 GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 190.

255 Vergl. (für ein Mindestwerbebudget in Lizenzverträgen) Campari 75; ohne klaren Stellungsbezug GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 188.

einzelne Werbemassnahmen.[256] Ist indessen die Reklamefreiheit solcherweise eingeengt, dass echte Werbekonkurrenz nicht mehr zu spielen vermag, unterfällt die Intervention der Verbotsnorm.[257] Einen Sondertatbestand bildet das *Akquisitionsverbot.*[258] Es setzt einer aggressiven Ausweitung des Absatzgebietes durch den tüchtigen Händler Schranken. Gleichzeitig wird produktinterne Konkurrenz jenseits der Rayongrenzen eingedämmt. Dieser gebietsschutzähnlichen Wirkungen wegen ist die Anwendung von Art. 85 Abs. 1 (mit der herrschenden Lehre und Praxis) zu bejahen.[259]

Dagegen beschränkt keinen Wettbewerb, wer seinen Händlern ein Vertriebsnetz aufzubauen befiehlt.[260] Denn eine solche Weisung lässt das "Wie" der Organisation offen, hält ihnen mithin noch jeden Parametereinsatz frei.[261] Sofort ändert sich aber die Rechtslage, wenn der Hersteller Anweisungen über Warenlauf oder Angebotsgestaltung beigibt oder sich für jeden Vertragsschluss seine Zustimmung ausbittet.

256 Ebenso BMW 6. – Beispiele solcher Spezialvorschriften: Bestimmung einzelner Werbebotschaften/Werbeträger, Pflicht zur Kennzeichnung von Geschäftslokal und Geschäftspapieren, Pflicht zur Herausstellung des Produzentenzeichens. (Zur letzteren Omega 25).

257 Dies gilt auch für wettbewerbsschädliche Verwendung von Werbebindungen. (GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 188) Als Preisbindungssurrogat mag beispielsweise die Pflicht dienen, Werbematerial mit aufgedruckten Festpreisen zu verwenden. (BELKE, Geschäftsverweigerung, 250) Beschränkungen des Werbeadressatenkreises können auf Marktabschottung hinzielen. (Vergl. zu einem Verbot der Reklame in Wiederverkäufer ansprechenden Blättern Philips 42).

258 Zu Begriff und Inhalt vorn Bd. 1, 207 f.

259 Mit klaren Begründungen die Entscheide Junghans 15, BMW 5, Goodyear/Euram 11, Campari 73 f. und SABA 26; aus der Literatur SCHMITT, Schwerpunkte, 106, BECHTOLD, Vertriebssysteme, 189, HOOTZ, SABA, 172, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 185.

260 Wie hier GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 188. – A.M. der Gerichtshof (Metro 1914) mit der Begründung, Aufgabe eines Grosshändlers sei "nicht die Förderung der Produktion dieses oder jenes Herstellers, sondern die Sicherung der Versorgung des Einzelhandels unter Ausnutzung des Wettbewerbs zwischen den Herstellern." Dem wird man zwar im Grundsätzlichen beipflichten können. Der Gerichtshof bleibt indessen die entscheidende Erklärung schuldig, in welcher Weise der Grosshandel wettbewerbspolitisch relevante Handlungsfreiheit einbüsst.

261 Gleich im Ergebnis SABA 25.

Schliesslich ist im Überblick über die gesamte herstellerdiktierte Marketingordnung[262] an zwei wettbewerbspolitische Vorbehalte zu erinnern: Einmal will geprüft sein, ob sie dem Netz einen den Vertrieb von Fremdwaren de facto ausschliessenden Investitionsaufwand abverlangt.[263] Zum andern sind Spiegelungen im produktinternen Preiswettbewerb auszukundschaften.[264]

### γ) *Warenzeichenbindungen*

Soweit Monopolstellungen ihre Wurzeln im legitimen Schutzbereich von Warenzeichen haben, kann sie das Kartellverbot nicht angreifen. Dies betrifft namentlich die Exklusivübertragung auf ausgewählte Händler. Markenrechtlich abgedeckt sind auch Verwendungsvorschriften an den Inhaber.[265] Jede überschiessende Wettbewerbsbeeinträchtigung – in Sonderheit Grenzliefersperren – stossen an Art. 85 Abs. 1 an.[266]

### δ) *Konkurrenzverbote*

Die mit der Untersagung der Vertikalintegration verbundenen Verluste an freier Konkurrenz sind weitgreifend und vielschichtig.[267] Sowohl die vom Produzenten wie die vom Händler einge-

262 Dies betrifft gegebenenfalls auch Vorschriften über Investition, Betriebskapital, innerbetriebliche Organisation usw.

263 Vergl. auch vorn Bd. 1, 191.

264 Zum *Auswirkungsprinzip* bei Marketing-Klauseln: Es erfüllt sich, wenn die Absatzpolitik für die Bearbeitung des EG-Marktes reglementiert ist, gleichviel, ob der Bindungsschuldner innerhalb oder ausserhalb der Gemeinschaftsgrenzen Sitz hat.

265 Vergl. die Entscheide BMW 6 und Omega 25; beipflichtend offenbar BECHTOLD, Vertriebssysteme, 189 und SPORMANN, Konturen, 132. – Ausführlich zu den geduldeten Herstelleranweisungen GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 187.

266 Über Gebietsschutz mittels Warenzeichenabreden vorn Bd. 1, 222 f.

267 Im einzelnen vorn Bd. 1, 292 f.

gangene Verpflichtung beinhaltet eine nach EWG-Kartellrecht massgebliche Wettbewerbsbeschränkung.[268] Denn beide verstopfen durch Drittbehinderungen potentielle Warenlaufkanäle.[269]

Fraglich ist allenfalls der *örtliche Geltungsanspruch* von Art. 85. Der Vorschrift untersteht jede Herstellerbindung, die dem Schuldner (als Händler) den EG-Raum zu beliefern verwehrt,[270] im besonderen die generelle Unterlassungspflicht.[271] Sie wäre lediglich nicht zuständig für eine den Absatz auf Drittmärkten betreffende Vorwärtsintegration.[272] In der Regel räumlich nicht eingrenzbare Abnehmerausschlüsse verwirklicht die Klausel des Händlers. Wenn er als Hersteller nicht auftreten darf, sind hievon (unabhängig vom Betriebsdomizil) allerorten Abnehmer berührt.[273] Aus dem Anwendungsbereich des Kartellverbots fällt höchstens eine Untersagung der Produzententätigkeit für Auslandgebiet.

b) Bindungen hinsichtlich des parteiinternen Verhältnisses

aa) Kaufvertraglicher Rahmen (insb. Mindestabnahmepflichten)

Als privatrechtliche Ordnung des Güteraustausches in Wettbewerbswirtschaften wird der kaufvertragliche Rahmen von Art. 85

268 Ebenso – für eine Händlerklausel – SABA 26; vergl. weiter STÖVER 99, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 184 und Campari 73.

269 Nichts am wettbewerbspolitischen Grundsachverhalt ändert sich, falls die Ausweitung der unternehmerischen Tätigkeit bloss zustimmungsbedürftig ist. (GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 184 f.).

270 Unbesehen, ob er in der EG oder im Ausland ansässig ist.

271 Sofern Hersteller überhaupt Konkurrenzverbote eingehen, dürfte eine räumliche Spezifizierung meist unterbleiben.

272 Beispiel: Gemeinschaftsproduzent verspricht, (nur) für Fremdmärkte keine Handelsbetriebe auszugründen.

273 Grundsätzlich unterstehen dem EWG-Kartellrecht selbst Konkurrenzverbote ausländischer Händler, weil auch EG-Kunden einen potentiellen Lieferanten verlieren. (Zu wenig differenziert Grosfillex/Fillistorf 381 und Nicholas/Vitapro 26).

nicht erfasst. Im Grundsatz gilt dies auch für Mengenvorschriften an den Käufer.[274] Die Verbotsnorm greift erst ein, wenn Mindestabnahmen Bezugsbindungen ersetzen und faktisch *Ausschliesslichkeitsverkehr* (hinsichtlich Fremd- und Vertragswaren) sich einspielt.[275] Die Grenze freilich, auf der die Kaufvertrags- in eine Warenlaufbindung umschlägt, lässt sich nur im Einzelfall ausziehen. Bestimmend ist vor allem die Höhe der Abnahmequoten.[276] Sie legt fest, ob die Händlersortimente noch Lücken für Fremdwareneinkäufe aufweisen.[277]

bb) Informations- und Kooperationsbindungen

Da Pflichten zu Information und Kooperation Dritte zumeist unbehelligt lassen, hat man sie (im Regelfalle)[278] zu dulden. Unverdächtig sind etwa herstellerische Hilfeleistungs-[279] und Aufklärungsbindungen[280] sowie Weisungen an den Händler, über Geschäftsgang und Geschäftsführung zu unterrichten[281] oder

274 Vergl. Goodyear/Euram 10 f.; ebenso SPORMANN, Konturen, 132, STÖVER 101 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 199.

275 Auch bei der Beurteilung von Mindestabnahmepflichten hatte die Kommission (im Entscheid SABA 25) auf das fragliche Kriterium der Selektionswirkungen im Kundenkreis abgestellt. (Vergl. gegen diesen Begründungsansatz die Ausführungen vorn 168 f.).

276 Ebenso (im Zusammenhang mit § 18 GWB) SCHWARTZ, Kommentar, 27 und KOENIGS, Probleme, 306. – Vergl. das diesbezüglich negative Untersuchungsergebnis der Kommission im Urteil Metro 1895.

277 Hinsichtlich *Spürbarkeit* und *Auswirkungsprinzip* haben die Ausführungen über Bezugsbindungen Gültigkeit.

278 Vergl. die zutreffenden Vorbehalte der Kommission in den Entscheiden Junghans 14 und SABA 26 f. (Keine Preis- und Gebietsschutzempfehlungen).

279 Insb.: Pflicht zur Werbekooperation.

280 Vergl. das Negativattest für die Verpflichtung zu gegenseitigem Erfahrungsaustausch im Entscheid Nicholas/Vitapro 25 f.

281 So – für eine generelle Auskunftspflicht – SABA 26; vergl. ferner Duro-Dyne/Europair 11 f., BMW 6 und Junghans 14.

Marktbeobachtung und Marktforschung zu betreiben. Auch Vorausdispositionsklauseln bleiben gestattet,[282] solange sie sich nicht wie Exklusivitäten im Bezug auswirken.[283]

Unter Art. 85 Abs. 1 stehen dagegen *Hilfsbindungen*, die der Durchsetzung und Absicherung wettbewerbsbeschränkender Hauptabreden dienen. Zu beanstanden ist vor allem die Pflicht zur Überwachung der autorisierten Absatzwege.[284] Nämliches gilt für den Missbrauch des Auskunftsrechts zur Erschwerung der Händlerexporte.[285] Mithin gilt der Grundsatz, dass solche akzessorische Wettbewerbsbeschränkungen "das kartellrechtliche Schicksal der Hauptverpflichtung teilen...".[286]

282 BMW 6.

283 Gleichsinnig (für Gesamtbedarfsdeckungsverträge) STÖVER 101.

284 Richtig SABA 26.

285 Gl.M. GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 183.

286 GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 86 f.; vergl. auch Metro 1908, HERMANNS, Selektiver Vertrieb, 174 und HOOTZ, Metro, 114.

## § 6 Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

### I. Die "Handelsbeeinträchtigung" im allgemeinen

Ausdruck des integrationspolitischen Anliegens des Europakartellrechts ist es, nur Abreden zu untersagen, die zu Störungen im zwischenstaatlichen Geschäftsverkehr neigen. Lediglich derjenige Wettbewerb wird geschützt, dessen Beschränkung das Ziel eines einheitlichen Binnenmarktes gefährdet. Diese Handelsbeeinträchtigungsklausel hat in neuerer Zeit deutlich an wettbewerbspolitischem Interesse gewonnen. Vorgehend ist daher ihre Bedeutung und Reichweite zu erläutern, zumal in den für die Vertikalintervention praktischen Belangen.

a) Der Begriff des *"Handels"* selber darf nicht nach engem Wortsinn interpretiert werden. Er meint – pars pro toto – die Gesamtheit der Wirtschaftsabläufe,[1] eingeschlossen den Dienstleistungsverkehr.[2]

b) Geklärt ist die jahrelang umstrittene Auslegung der Formel der *"Beeinträchtigung"*. Gerade im Zusammenhang mit dem Alleinvertrieb hatte man darüber debattiert, ob das Tatbestandsmerkmal jede Einwirkung auf den Übergrenzverkehr meine, oder ob es eine qualifizierte Form (Verringerung des Austauschvolumens) erfordere.[3] Die Kartellbehörden haben – unterstützt von einer Mehr-

1 So die ganz und gar h.M.: Vergl. BAROUNOS/HALL/JAMES 27 f., GLEISS/HIRSCH, Kartellrecht, 123, dies., Kommentar, 116, dies., EWG-Kartellrecht, 100, ENGELS 332, RUHWINKEL 48, DERINGER, Kommentar, Rn. 38 zu Art. 85 Abs. 1, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 118, KÖNIG 70, MAILÄNDER, Kommentar, 207, NIEDERHAUSER 113 f., ULMER, Anwendungsbereich, 11, KLEEMANN, Wettbewerbsregeln, 33, VON GAMM 42, GÜNTHER, Regelung, 279; ausführlich STECKHAN 180 f. und HILDEBRANDT 66 f.

2 Zu denken wäre im Zusammenhang mit dem Selektivvertrieb etwa an gewisse (vom eigentlichen Warenaustausch losgelöste) Service- und Garantieleistungen.

3 Allen voran hat SÖLTER die Auffassung vertreten, Art. 85 sei bloss zuständig für Wettbewerbsbeschränkungen mit ungünstigen Folgen auf den grenzüberschreitenden Warenverkehr. Nach ihm unterfallen der Zwischenstaatlichkeitsklausel nur Praktiken, die potentiellen Handel zwischen den Mitgliedstaaten gar nicht entstehen lassen oder bereits eingespielten im Volumen beeinträchtigen. (SÖLTER, Ausnahmevorschrift, 666 f., ders., Vertriebsbindungen, 78 f.; ebenso WOLF 651 f., VON WERDT 585, HILDEBRANDT 102 f. und GLEISS/HIRSCH, Kartellrecht, 123).

heit in der Lehre[4] – eindeutig entschieden: Handelsbeeinträchtigend wirken sämtliche Wettbewerbsbeschränkungen, die der Marktvereinheitlichung zuwiderlaufen und den zwischenstaatlichen Warenstrom aus seinen "natürlichen" Bahnen lenken, selbst für den Fall, dass dieser letzten Endes reichlicher flösse.[5]

Diese Praxis verdient vorbehaltlos Zustimmung. Die Konträrauffassung unterstellt zu Unrecht die Bestimmbarkeit des Einflusses einer Konkurrenzstörung auf das Handelsvolumen.[6] Vor allem aber verkennt diese "Handelsbilanz-Theorie" die wettbewerbspolitische Funktionszuteilung in Art. 85: Sie will – im Geiste einer "aussenhandelspolitische(n) Rule of Reason"[7] – Abs. 1 nicht anwenden, sofern die Vorkehr nachweislich Import und Export fördere. Eine solche Saldierung wettbewerblicher und ausserwettbewerblicher Folgen steht aber ausschliesslich der Freistellungsnorm von Abs. 3 zu.[8]

c) Der zwischenstaatliche Bezug einer Wettbewerbsbeschränkung kann nicht von Formalkriterien wie dem *Ort ihrer Veranlassung* oder dem *Sitz der Kontrahenten* abhängen. Er fehlt zwingend weder bei Absprachen zwischen nationalitätsgleichen Partnern noch bei solchen mit (oder unter) Drittstaatunternehmern.[9] Wie

4 STECKHAN 181 f., MAILÄNDER, Kommentar, 208, WILLEMSEN 195 f., WINKEL 200, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 121 f., PRÖBSTING 168, DERINGER, Kommentar, Rn. 39 f. zu Art. 85 Abs. 1, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 100, dies., Kommentar, 108 f., KÖNIG, 71 f., BAROUNOS/HALL/JAMES 31, SCHLIEDER, Anwendung, 305 f., SCHWANKE 141 f., EHLERS 326, REIMER, Preis- und Vertriebsbindungen, 517, EMMERICH, Auslegung, 322, NIEDERHAUSER 114.

5 Vergl. insb. die Gerichtshofurteile Grundig/Consten 389, Minière/Maschinenbau Ulm 303 und De Haecht 556; aus der Kommissionspraxis z.B. Kugellager 25.

6 Gl.M. MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 122; ähnlich WILLEMSEN 196.

7 SCHLUEP, AVV I, 87.

8 Vergl. KÖNIG 72 f., GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 112, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 122 und DERINGER, Kommentar, Rn. 42 zu Art. 85 Abs. 1; a.M. offenbar OSTEN 217 f. und SCHWARTZ, Ausschliesslichkeitsbindungen, 200.

9 So auch die verbreitete Ansicht im Schrifttum: Vergl. SCHWANKE 137, IPSEN 621, FORRESTER 10, STECKHAN 197 f., ULMER, Anwendungsbereich, 12 f., GLEISS/HIRSCH, Kartellrecht, 123, dies., Kommentar, 114, MESTMÄCKER,

die Vertikalintervention sich auswirkt, ob sie Güterbewegungen nur auf Inland- oder Fremdmärkten, niemals aber über Gemeinschaftsgrenzen hinweg reglementiert: lediglich darauf muss es bei der Prüfung der Handelsbeeinträchtigung ankommen.[10]

d) Weitgehend ausgetragen ist auch der Theorienstreit um die rechtliche Qualifikation. Der Zwischenstaatlichkeitsvorbehalt stellt keine international-verwaltungsrechtliche Kollisions-[11], sondern eine *materiell-rechtliche Sachnorm* dar[12] und "will den Anwendungsbereich des Verbotes...abgrenzen. Nur soweit (eine Absprache) den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen vermag, unterliegt die durch sie hervorgerufene Wettbewerbsstörung dem gemeinschaftsrechtlichen Verbot des Art. 85."[13] Wiewohl das Normelement an einem räumlichen Bezugspunkt anknüpft, bestimmt es den *sachlichen* (und nicht den örtlichen)[14] *Geltungsanspruch*. Die Prüfung des internationalen Anwendungsbereichs und der Handelsbeeinträchtigung erfolgen gesondert.

Wettbewerbsrecht, 117, KÖNIG 70 f. und DERINGER, Kommentar, Rn. 43 zu Art. 85 Abs. 1. – Unzutreffend z.B. TEICHMANN (677), der nur Absprachen zwischen nationalitätsungleichen Gemeinschaftsunternehmern erfassen will. (Wie hier MAILÄNDER, Kommentar, 209; anders neuerdings wieder FRIGNANI 367 f.).

10 STECKHAN 203, WILLEMSEN 196 und (mit Nachweisen aus der Behördenpraxis) MAILÄNDER, Kommentar, 209.

11 Für Kollisionsnorm KOCH, Anwendungsbereich, 1541 f., WINKEL 196, SCHWANKE 137, PRÖBSTING 167, STECKHAN 160 f., SCHUMACHER, Verhältnis, 6, KIRSCHSTEIN, AVV, 778 f. – Abzulehnen ist auch die gelegentlich versuchte Charakterisierung als verfahrensrechtliche Zuständigkeitsnorm. (Vergl. – mit Begründung und weiteren Nachweisen – ULMER, Nationale Wettbewerbsbeschränkungen, 77 f.; so auch bereits GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 113 und STECKHAN 160; ablehnend ferner BECHTOLD, Zwischenstaatlichkeitsklausel, 260 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 99 f.).

12 Ebenso STEINDORFF, Wettbewerbsrecht, 174 f., COING 290, HILDEBRANDT 57 f., EMMERICH, Auslegung, 322, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 113, ULMER, Anwendungsbereich, 18 f., ders., Nationale Wettbewerbsbeschränkungen, 77 f., WILLEMSEN 194, BECHTOLD, Zwischenstaatlichkeitsklausel, 260, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 115 f. – Für Doppelfunktion MAILÄNDER, Kommentar, 206 f.

13 Minière/Maschinenbau Ulm 303; vergl. auch Grundig/Consten 389.

14 Der *örtliche Geltungsbereich* wird anhand der Formel "innerhalb des Gemeinsamen Marktes" ausgezogen. (Vergl. vorn 134 f.).

Allenfalls in einem weiten (untechnischen) Sinne sind kollisionsrechtliche Züge zu erkennen. "Es ist die Eigenart aller die Eingriffsvoraussetzungen einer Verbotsnorm konkretisierenden Voraussetzungen, dass sie damit zugleich den Anwendungsbereich der Norm bestimmen."[15] Kraft des Axioms vom Vorrang der EWG-Regeln[16] wird mit der Ausstechung des gemeinschaftsrechtlichen Geltungsbereichs (negativ) auch derjenige der Kartellgesetze in den Mitgliedländern vorbestimmt. Ein gedehntes Verständnis der Handelsbeeinträchtigung schmälert sonach das Feld eines autonomen Zugriffs durch die nationale Wettbewerbsordnung.[17] Es mag in einem Falle die staatlichen Rechte mildern, im andern sie verschärfen. So oder anders führt ein qua Zwischenstaatlichkeitsklausel ausgeweiteter sachlicher Geltungsanspruch zu einer faktischen Rechtsangleichung.[18]

e) Ist die "inter-state commerce clause" materiell-rechtliches Normelement, steht sie demjenigen der "Wettbewerbsbeschränkung" zur Seite. Zwischen beiden spielt nun eine sinnfällige *Kausalitätsbeziehung:* Art. 85 Abs. 1 untersagt nicht jede Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, sondern nur die durch (private) Konkurrenzstörung ausgelöste.[19] Ablaufhindernisse im Güteraustausch lassen sich nicht von den hiefür eingesetzten Mit-

15 ULMER, Anwendungsbereich, 19; beipflichtend MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 115 f.

16 Wegbereitend insb. das Teerfarben-Urteil (Rspr. XV, 1 f.); vergl. aus den zahlreichen Besprechungen KLAUE S., Gemeinschaftsrecht und nationales Kartellrecht, WuW 1969, 593 f., REHBINDER E., Zum Verhältnis zwischen EWG-Kartellrecht und nationalem Recht, JurA, Wirtschaftsrecht II, 1970, 7 f., MARKERT K., Die Auswirkungen des Teerfarbenurteils des Europäischen Gerichtshofs auf die Anwendung nationalen Kartellrechts, Marktwirtschaft 1969, 40 f. und NIEDERLEITHINGER E., Deutsches Kartellrecht nach dem Farbenurteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, Bb 1969, 1185 f.

17 Vergl. BECHTOLD, Zwischenstaatlichkeitsklausel, 258, MAILÄNDER, Kommentar, 207 und MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 114.

18 Zu den Auswirkungen auf das nationale Kartellrecht vor allem ULMER, Nationale Wettbewerbsbeschränkungen, 75 f.

19 Vergl. COING 286 f.

teln lösen. Die Kautel der Zwischenstaatlichkeit ist damit nichts anderes als "ein Kriterium zur Qualifizierung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen."[20] Abstriche an der freien Konkurrenz sind europakartellrechtlich zulässig, falls sie sich nicht über Ländergrenzen hinweg auswirken.[21] [22]

f) Massgebend für die *Interpretation* selber ist die dem Verbotstatbestand zugeschriebene Schutzaufgabe. Das Problem wurde – in einem weiteren Zusammenhang – bereits auseinandergesetzt.[23] Mit Bezug auf die Zwischenstaatlichkeitsklausel steht dahin, ob Art. 85 lediglich innergemeinschaftlichen Geschäftsverkehr offenzuhalten oder aber die gesamtgemeinschaftliche Wirtschaftsordnung nach Konkurrenzgrundsätzen zu organisieren habe. Die Antwort erbringt ein Blick auf die Vertragsziele:[24] Sowohl die Präambel[25] wie Art. 3 lit. f bekennen sich zur Aufgabe, in der EWG Binnenmarktverhältnisse einzurichten. Sie halten dazu an, Wettbewerb als umfassenden gemeinschaftsrechtlichen Koordinationstypus zu schützen.[26] Demzufolge hat man auch die Handelsbeeinträchtigung nicht daran zu messen, ob die Vorkehr unmittelbar Export und Import reguliere, sondern ob sie der *Marktvereinheitlichung schlechthin entgegenstehe.*[27] So wirkt denn die Gegen-

20 ULMER, Anwendungsbereich, 20; ebenso SCHLUEP, AVV I, 141.

21 Ausführlicher ULMER, Anwendungsbereich, 19 f.; vergl. auch ders., Nationale Wettbewerbsbeschränkungen, 78 f. und MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 120 f. – Für Kausalität votieren weiter KOCH, Anwendungsbereich, 1542, KÖNIG 69 f., DERINGER, Kommentar, Rn. 50 zu Art. 85 Abs. 1 und COING 291; dagegen MAILÄNDER, Kommentar, 209 f.

22 Dies macht klar, dass methodologisch die "Wettbewerbsbeschränkung" *vor* der "Handelsbeeinträchtigung" zu prüfen ist. (Vergl. vorn 123 Fn. 1).

23 Vergl. vorn 31 f.

24 Darauf rekurrierte der Gerichtshof bereits im Urteil Italienische Republik 483; vergl. hierüber auch WILLEMSEN 197 f. und ULMER, Anwendungsbereich, 26 f.

25 4. Absatz.

26 Vergl. die Abhandlung des Institutionsschutzes vorn 25 f.

27 Treffend der Vermerk von MESTMÄCKER (Wettbewerbsrecht, 124), dass der Gemeinsame Markt nicht bloss eine "Organisation für den Aussenhandel der Mit-

these der "Aussenhandelslehre" in der Tat "anachronistisch".[28] [29] Mit wachsender Verschmelzung der Wirtschaftsräume wird die Aufsplitterung von konkurrenzschädlichen Sachverhalten in intra- und interstaatliche zusehends undurchführbar, denn die "Errichtung des Binnenmarktes führt ja gerade zur Abschaffung der bestehenden Marktgrenzen."[30] Die hier abgelehnte Auffassung huldigt letztlich einem Leitbild isolierter nationaler Märkte mit offenen Grenzen.

g) Nach diesen Klarstellungen bleibt der *Inhalt* der Handelsbeeinträchtigungsklausel auszumachen. Feste und einheitliche Umrisse haben – auch für den Bereich der Vertikalintervention – weder Praxis noch Doktrin vorgezeichnet. Doch besteht Einvernehmen darüber, dass nur eine *extensive Deutung* wettbewerbspolitisch angebracht sei.[31] Der Vertragstext selber erleichtert den Zugriff durch Vorverlegung der Schutzsphäre: Indem er blosse "Eignung" verlangt, macht er den Zwischenstaatlichkeitsvorbehalt zum Gefährdungstatbestand[32] ; er begnügt sich mit einem "Wahr-

gliedstaaten" darstelle. – Gl.M. ULMER, Nationale Wettbewerbsbeschränkungen, 79, ders., Anwendungsbereich, 27 f. und WILLEMSEN 22 f. – Man erinnert sich in diesem Zusammenhang auch an die Differenzierung des Gerichtshofes zwischen *Ein- und Ausfuhrregelung* nach Art. 4 Abs. 2 der Vo 17 und *Zwischenstaatlichkeitsvorbehalt* in Art. 85 Abs. 1 (Bilger/Jehle 135 f.).

28 So ULMER, Anwendungsbereich, 28.

29 Für Gleichsetzung von Handelsbeeinträchtigung und Aussenhandelsregime z.B. TEICHMANN 672 f. und NIEDERLEITHINGER, Kartellrecht, 375.

30 ULMER, Anwendungsbereich, 28; ihm sekundieren WILLEMSEN 200 f. und MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 126.

31 Aufschlussreich etwa die Erörterungen zur Sache bei KÖNIG 74, BECHTOLD, Zwischenstaatlichkeitsklausel, 258, ULMER, Anwendungsbereich, 30 f. und MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 119; vergl. auch GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 100.

32 Weder muss sie Inhalt oder Zweck der Vereinbarung sein noch brauchen praktische Erfolge nachgewiesen zu werden. (H.M.: KLEEMANN, Wettbewerbsregeln, 37, MAILÄNDER, Kommentar, 209, VON GAMM 42, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 110 f., dies., EWG-Kartellrecht, 100; vergl. neuerdings auch den Gerichtshofentscheid Miller 150 f.).

scheinlichkeitsurteil über die zukünftige Entwicklung des zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehrs."[33]

Seit jeher haben auch die EG-Behörden sich einer offenen Fassung bedient. Der Gerichtshof will in seiner Standardformel alles davon abhängig machen, ob die Vereinbarung "unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Handel zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise beeinflussen kann, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann."[34] Gerade mit Blick auf die Vertikalbeschränkungen wird man vermerkt haben, dass jede Form der Behinderung ausreicht, im besonderen *direkte und indirekte Einwirkungen* sich gleichstehen.[35] Hiebei sind die Durchdringungshindernisse nicht alleinig anhand des Individualvertrages, sondern anhand der gesamten Marktverfassung zu messen. Wie bei der "Wettbewerbsbeschränkung" muss die *Ubiquität* des Bindungstypus' mitveranschlagt werden.[36]

Die fortschreitende Integration der Volkswirtschaften vergrössert zudem stetig die Reichweite des Tatbestandmerkmals. Sind zwischenstaatliche Barrieren erst einmal gefallen, ziehen Unternehmer ihre Kartellregime nicht mehr (je) im Landesinnern, sondern für das gesamte Gemeinschaftsgebiet auf. Zur Ausnahme wird sodann der Fall, dass solche internationalen Marktordnungen nicht auch über die nationalstaatlichen Grenzen hinweg ausstrah-

33 MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 118; zum prognostischen Charakter ferner SCHLUEP, AVV I, 143.

34 Völk/Verwaecke 302; ähnlich De Haecht 556, Minière/Maschinenbau Ulm 303 und Cadillon/Höss 356.

35 Vergl. – mit zusätzlichen Fundstellen – MAILÄNDER, Kommentar, 209. – Mittelbare Wirkungen wollen auch einschliessen: SCHWANKE 138, BECHTOLD, Zwischenstaatlichkeitsklausel, 258, KÖNIG 74 f., TESSIN, AVV, 129, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 117 und ULMER, Anwendungsbereich, 30 f.; anders TEICHMANN 672, KLEEMANN, Wettbewerbsregeln 38 und DERINGER, Kommentar, Rn. 43 zu Art. 85 Abs. 1.

36 Gl.M. VON GAMM 42 und MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 119; grundlegend De Haecht 556.

len.[37] Gerade im Distributionsbereich ist eine Tendenz zur europaweiten Gleichrichtung der Vertriebswege festzustellen.[38]

Interpretiert man die Zwischenstaatlichkeitsklausel *funktional* im Lichte der allgemeinen Vertragsziele, hält es auch beim derzeitigen (unvollkommenen) Integrationsstand schwer, gewissen Wettbewerbsbeschränkungstypen im voraus jeden Übergrenzbezug abzusprechen. Die Handelsbeeinträchtigung wird damit tatsächlich "mehr und mehr eines eigenständigen qualitativen Gehaltes beraubt."[39] Dies ist aber nicht das Werk übereifriger "Wettbewerbsfetischisten"[40], sondern Ausfluss der voranschreitenden Marktverschmelzung und der Internationalisierung der Wettbewerbsbeschränkungen.

h) Eine Schranke kartellrechtlicher Erheblichkeit freilich bleibt aufrecht. Auch die Zwischenstaatlichkeitsklausel steht unter einer *De-minimis-Regel:* Nur eine *spürbare* Umlenkung der Güterströme erfüllt den Tatbestand.[41] Wie bei der "Wettbewerbsbeschränkung" wird man dabei einen quantitativen Massstab anlegen müssen.[42] Im Zuge der beschriebenen Überstaatlichkeit der Kar-

37 So schon früh GÜNTHER, Regelung, 279 f., DERINGER, Durchführungsverordnung, 82, ders., Kommentar, Rn. 38 zu Art. 85 Abs. 1 und STEINDORFF, Wettbewerbsrecht, 175; vergl. ausserdem KÖNIG 74, HILDEBRANDT 40 f., MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 587 f. und MAILÄNDER, Kommentar, 207.

38 Vergl. TESSIN, Markenartikelvertrieb, 685 und ULMER, Preis- und Vertriebsbindungen, 22 f.

39 BECHTOLD, Zwischenstaatlichkeitsklausel, 260; ähnlich KÖNIG 74 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 100; generell zur Annäherung der beiden Tatbestandselemente EMMERICH, Auslegung, 322 (mit weiteren Hinweisen).

40 Zur Vokabel SCHLUEP, Vergleich, 6.

41 Mit Übersicht über die Praxis CUNNINGHAM, Competition Law, 49 f.; vergl. ferner DERINGER, Kommentar, Rn. 48 zu Art. 85 Abs. 1, TEICHMANN 676, MAILÄNDER, Kommentar, 208, ULMER, Anwendungsbereich, 31 f., KÖNIG 75, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 110, dies., EWG-Kartellrecht, 104 f.

42 Im einzelnen sind die gleichen Kriterien wie bei der Spürbarkeit der "Wettbewerbsbeschränkung" anzuwenden, also insb. *Marktstellung* und *Ubiquität.* (Zum ersteren ULMER, Anmerkung, 345).

tellordnungen nähern sich die Spürbarkeitsprüfungen in den beiden Normelementen einander zunehmend an.[43]

i) Für die handelsbeeinträchtigende Wirkung von *Vertikalabsprachen* lassen sich im einzelnen *vier Fallgruppen* herausbilden:

aa) Offenkundig ist sie dann, wenn die Vereinbarung direkt Ein- und Ausfuhr reglementiert.[44] Dies betrifft in erster Linie die *räumlichen Warenlauf- und deren Umgehungsbindungen.*

bb) Einen zwischenstaatlichen Sachverhalt hat man ebenfalls vor sich, soweit mittelbar – ohne eigentlichen Marktabschottungsbefehl – die Austauschbeziehungen über die Grenze sich anders entwickeln. Angesprochen sind vorab *europaweite Bindungssysteme.* Sie organisieren einheitlich Warenbewegung und Angebotsgestaltung im Gemeinschaftsinnern. Hiedurch werden bestimmte Geschäftsabschlüsse auf dem Grossmarkt generell unterbunden, immer eingeschlossen diejenigen mit Partnern in anderen Mitgliedstaaten.[44a]

cc) Weiter können *nationale Wettbewerbsbeschränkungen* handelsbeeinträchtigend auf den EG-Markt übergreifen. Sie stehen unter Art. 85 Abs. 1, falls "sie den Vertrieb in diesem Staate so regeln, dass hievon auch der Handel über die Grenzen (mit)erfasst wird."[45] Lassen sich solche Fernwirkungen nicht aufspüren, hat man immer noch zu überprüfen, ob sie im Ergebnis auf eine Isolierung nationaler Märkte hinzielen.[46] Dies gilt ganz besonders für

43 Vergl. MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 121; gar für Identität BECHTOLD, Zwischenstaatlichkeitsklausel, 260, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 105 und ULMER, Anwendungsbereich, 31 (abgeschwächt in Nationale Wettbewerbsbeschränkungen, 80 Fn. 50).

44 Vergl. DERINGER, Kommentar, Rn. 49 zu Art. 85 Abs. 1 und BECHTOLD, Zwischenstaatlichkeitsklausel, 259.

44a Nach GLEISS/HIRSCH (EWG-Kartellrecht, 101) "genügt es, wenn die beteiligten Unternehmen die Waren, um die es geht, in andere Mitgliedstaaten exportieren."

45 BECHTOLD, Zwischenstaatlichkeitsklausel, 259; gl.M. – mit zahlreichen Fundstellen – GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 101.

46 Vergl. die Formulierung in den Urteilen DGG 487 und Tapetenhersteller 1515 sowie ULMER, Anwendungsbereich, 31, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 126 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 102.

Vereinbarungen, welche den gesamten Hoheitsraum eines Mitgliedstaates abdecken.[47] [48] Vertikalabsprachen dagegen, deren Drittbehinderungen sich auf unbedeutenden Lokalmärkten erschöpfen, verursachen keine integrationswidrigen Handelsstörungen.[49]

dd) Art. 85 Abs. 1 findet endlich Anwendung, wenn nicht Güterbewegungen über EG-Binnen-, sondern *Importe über EG-Aussengrenzen* abgebunden werden.[50] Die Zwischenstaatlichkeitsklausel verletzt auch eine Abschirmung des Gemeinschaftsraumes vor Warenzufuhren aus Drittstaaten.[51] Solche Restriktionen beeinträchtigen deshalb gemeinschaftlichen Handel, weil Güter, die nicht in die EG einströmen, hier auch nicht weiterfliessen können. Wo Bezüge von aussen versperrt sind, schwinden die entsprechenden Angebotsvarianten im Innern.[52] Zu Recht ist die Kommission daher bemüht, zur Förderung des freien Warenaustausches im Gemeinsamen Markt auch die Aussengrenzen offen zu halten.[53]

47 Zur Illustration die Entscheide Kali und Salz 24 sowie Rijwielhandel 25.

48 Spuren im Übergrenzhandel sind allerdings im Einzelfall genau auszumachen. (Vergl. Tapetenhersteller 1515).

49 Gl.M. ULMER, Anwendungsbereich, 31; dazu auch ders., Nationale Wettbewerbsbeschränkungen, 80 und DERINGER, Kommentar, Rn. 42 zu Art. 85 Abs. 1.

50 A.M. noch GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 115; vergl. jetzt aber dies., EWG-Kartellrecht, 103.

51 Vergl. z.B. Raymond/Nagoya 41 und EMI/CBS 908.

52 Vergl. zu dieser *Zweikreislaufbetrachtung* hinten 188 f.

53 Bull. 10/1976, Nr. 2112.

## II. "Handelsbeeinträchtigung" und die einzelnen Klauseln des selektiven Vertriebs

### 1. Bindungen des Warenlaufs

#### a) Absatzbindungen

##### aa) Räumliche Absatzbindung (Alleinvertrieb)

Dass Alleinvertriebsabreden Übergrenzhandel umzuleiten in der Lage sind, bedarf kaum näherer Erläuterung. Der Wettbewerbsbeschränkungstypus der Warenlaufbindung hält definitionsgemäss den Güterverkehr auf vom Binder gewollten künstlichen Gleisen.[54] Die räumliche Ausschliesslichkeit im besonderen monopolisiert im Vertragsgebiet die Geschäftsbeziehungen mit dem Hersteller, was eine (direkte) Parallelversorgung des Marktes verunmöglicht. Dieser exklusive vertikale Güterstrom erschwert offenkundig den freien Leistungsaustausch.[55] Dazu kommen die Ausstrahlungen auf die Handelsbewegungen unter den nachgehenden Marktstufen. Da Art. 85 Abs. 1 keine aussenhandelspolitische Vernunftregel kennt, verfängt auch das Argument nicht, eine solche Kooperation diene womöglich der Markterschliessung und der Exportförderung.[56]

Nach diesem grundsätzlichen "Eignungstest" sind die einzelnen internationalen Verflechtungen zu untersuchen. Bezogen auf das ausschliesslichkeitsrechtlich isolierte Vertragsgebiet hat man die bekannten vier Tatbestände auseinanderzuhalten:

54 Vergl. vorn Bd. 1, 265.

55 Statt vieler VAN GERVEN 171, SCHWANKE 149, HAGENAUER 148 und PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER 191 f.; vergl. auch GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 123 und MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 329. – Gegenteiliger Ansicht noch ein Teil des älteren Schrifttums, z.B. HOOTZ, AVV, 2249, VON GAMM 53, TESSIN, AVV im EWG-Kartellrecht, 1262, RENZ 112, GIDE/LOYRETTE/NOUEL 32.

56 So aber GANSHOF 829, LUTZ, Exportverbote, 499 und LANGENKAMP 167; breit insb. KLAUSING 64 f.

Der *Alleinvertrieb für einen Mitgliedstaat* wirkt sich ohne Zweifel dann zwischenstaatlich nach Art. 85 Abs. 1 aus, wenn die Vertragspartner in verschiedenen Gemeinschaftsländern residieren.[57] Die Handelsbeeinträchtigung ist hier eine unmittelbare: Es werden Lieferungen inter partes von einem EG-Staat zum andern monopolisiert. Die Vertragswaren dürfen eine Binnengrenze im Innern der Gemeinschaft nicht passieren.

Verwickelter wird die Rechtslage, falls ein *ausländischer Produzent* einem EG-Händler Exklusivvertrieb zugesteht. Diese Bindung regelt nur den *Zufluss,* nicht aber den Weiterfluss innerhalb der Gemeinschaft. Aufgehalten sind lediglich Parallelimporte über eine Aussengrenze. So vernimmt man denn aus der Lehre nicht selten die Auffassung, Zwischenstaatlichkeitsvoraussetzungen seien hier nicht erfüllt.[58] Damit wird allerdings übersehen, dass in Art. 85 Abs. 1 auch eine mittelbare Beeinflussung der Handelsentwicklung ausreicht.[59] Auf Sekundärwirkungen einer solchen Aufteilung des Gemeinsamen Marktes hat namentlich die *Zweikreislauftheorie* hingewiesen:[60] Durch die Zuflusskanalisierung werden Händler nicht nur als potentielle Bezüger von aussen, sondern auch als potentielle Anbieter nach innen ausgeschlossen. Sie vermindert die Zahl der Absatzstellen, von denen aus innergemeinschaftlicher Handel seinen Lauf nehmen kann. Die Selektion unter Erstabnehmern schmälert im gleichen Zuge die Austauschvarianten der Zweitabnehmer und zerschneidet dadurch mögliche innergemein-

57 SCHLUEP, AVV I, 147 f., ders., AVV II, 278 f., WINKEL 207, SCHWANKE 149 f., DERINGER, Kommentar, Rn. 46 zu Art. 85 Abs. 1, EWALD, AVV, 114 f., PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER 192; vergl. aus der Rechtsprechung die Entscheide Jallatte/Voss/Vandeputte 154, Grundig/Consten 390, D.R.U./Blondel 256, SABA 26, Junghans 15 sowie (für Lizenzverträge) Campari 73 f.

58 Vergl. SCHLUEP, AVV I, 148 f., PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER 192, DERINGER, Kommentar, Rn. 46 zu Art. 85 Abs. 1 und GRAUPNER, Rules of Competition, 291 f.

59 Vergl. vorn 183.

60 Vergl. dazu vor allem GÜNTHER, Wettbewerbspolitik, 291 f.

schaftliche Geschäftsbeziehungen. Auch ohne Gebietsschutz hat man eine Aufzonung des Gemeinsamen Marktes nach Direktbezugsmonopolen vor sich.[61]

Nichts ändert sich an der mittelbaren Zwischenstaatlichkeit, wenn beide Kontrahenten Ausländer sind. Soweit der Gemeinsame Markt vom Hersteller nicht bedient werden darf, fällt jeder EG-Bezüger als Quelle eines potentiellen Warenstromes aus. Das Netz der intrakommunitären Handelsbeziehungen fällt weitmaschiger aus als ohne die in Rede stehende Exklusivität.[62]

Ein direkter zwischenstaatlicher Bezug lässt sich auch der Alleinvertriebsklausel nicht nachweisen, mit welcher ein EG-Hersteller seinen Sitzstaat einem nationalitätsgleichen Händler zur ausschliesslichen Betreuung überlässt. Sie regelt keine Warenzirkulation über nationale Grenzen.[63] Trotzdem treten weitergreifende integrationswidrige Handelsstörungen ein: Wie die eben erörterten internationalen halten auch *nationale Exklusivvereinbarungen* Kunden vom Vertragswarenvertrieb fern, die alsdann auf Nachbarmärkten nicht tätig werden. Sie schreiben vor, wo im Vertragsgebiet der grenzüberschreitende Leistungsaustausch (auf der Alleinver-

61 Ähnlich die Kommission im Entscheid Omega 25. – Vergl. ferner SCHLUEP, AVV II, 279, BENEDICT 191, SCHWANKE 168, WINKEL 208 und GÜNTHER, Wettbewerbspolitik, 291 f.; für BECHTOLD (Zwischenstaatlichkeitsklausel, 259) reichen bereits "Auswirkungen auf ... den Import in die EWG" zur Handelsstörung aus. – Methodologisch ungenau (auf die Beigabe händlerischen Gebietsschutzes abstellend) Béguelin 959 f.; ebenso REIMER, Preis- und Vertriebsbindungen, 518 und GRAUPNER, Rules of Competition, 129.

62 Gleich im Ergebnis SCHWANKE 169. – Eine Handelsbeeinträchtigung schliessen auch WINKEL (208) und GRAUEL (482) nicht aus.

63 Grossteils wird denn auch in der Lehre zwischenstaatliches Gepräge für den Regelfall verneint. (DERINGER, Kommentar, Rn. 46 zu Art. 85 Abs. 1, BALDI 422, VON GAMM 55, SCHLUEP, AVV I, 147, SPORMANN, Konturen, 133, EBEL 820, VON DER GROEBEN, Kommentar, 101 und GRAUEL 482) Im gleichen Sinn äusserte sich die Kommission in der Vo 67/67 (hierüber NIEDERLEITHINGER, Gruppenfreistellungsverordnung, 199, SPORMANN, Gruppenfreistellung, 176 und KIRSCHSTEIN, Gruppenfreistellungsverordnung, 375 f.), im Entscheid Goodyear/Euram (11 f.) sowie im 4. Wettbewerbsbericht (72 f.).

treterstufe) seinen Anfang nehmen darf. Hiedurch schwinden Anknüpfungspunkte für zwischenstaatliche Geschäftsverbindungen.[64] [65]

Der *Alleinvertrieb für den gesamten EG-Raum* lässt das Gemeinschaftsgebiet als einheitlichen Markt bestehen. Abermals fehlen direkte Barrieren zwischen Mitgliedstaaten. Dennoch erfährt auch hier der gemeinschaftsinterne Absatz eine künstliche Organisation: Jeder autorisierte Einkauf führt über den Monopolhändler. Durch diese Bündelung vermögen dessen Konkurrenten (als Erstabnehmer) keine selbständigen Distributionskanäle zu eröffnen.[66] Die verengte Mündung beim Eintritt in den Gemeinsamen Markt wirkt sich auf den weiterfliessenden Handelsstrom aus.[67] Ob der konzessionierte Händler dabei diesseits oder jenseits der Gemeinschaftsgrenze sitzt, spielt keine Rolle.[68]

64 Wie hier SCHLUEP, AVV II, 270 (allerdings mit einer auf die Bezugsbindung zugeschnittenen Begründung); beachtlich auch der ausdrückliche Vorbehalt bei STUMPF/LÖSCH 35.

65 Vorbehalten bleibt selbstverständlich der Spürbarkeitsnachweis im Einzelfall. (Vergl. dazu vor allem die Abhandlung des innerstaatlichen Alleinvertriebs unten 191).

66 Zutreffend die Kommission im Entscheid Duro-Dyne/Europair (12): "Jedoch können durch das Bestehen des Vertrages die Duro-Dyne-Erzeugnisse in das EWG-Gebiet zum Weiterverkauf in den verschiedenen Mitgliedstaaten nur entweder durch Europair und ihre Vertriebshändler direkt oder durch einen ausserhalb der EWG ansässigen Vertriebshändler importiert werden. Hieraus ergibt sich, dass der innergemeinschaftliche Handelsverkehr mit den betreffenden Erzeugnissen über andere Absatzwege vor sich geht, als dies ohne die sich aus der Vereinbarung ergebenden Beschränkungen der Fall gewesen wäre." – Ähnlich SCHLUEP, AVV II, 279 und SCHWARTZ, Ausschliesslichkeitsverträge, 204 f.

67 Die Handelsbeeinträchtigungsklausel halten für anwendbar: VON DER GROEBEN, Handbuch, 102 f., EBEL 821, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 210, SCHLUEP, AVV II, 279, BECHTOLD, Zwischenstaatlichkeitsklausel, 259, SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 52 und ders., Konturen, 133; a.M. GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 115, GRAUPNER, Rules of Competition, 129, PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER 192 und DERINGER, Kommentar, Rn. 46 zu Art. 85 Abs. 1.

68 Auch der Alleinvertrieb zwischen Ausländern zentralisiert den Warenzufluss zum Gebiet der Gemeinschaft. (Vorsichtig GRAUEL 482; a.M. SCHLUEP, AVV I, 150; unentschieden ders., AVV II, 279).

Bislang kaum geklärt wurden europakartellrechtlich erhebliche Folgen des *innerstaatlichen Alleinvertriebs.*[69] Wohl knüpft die Rayonnierung eines Mitgliedlandes keinen "inter-state commerce"-Bezug im engeren Sinn. Geht man indessen von der Tatsache aus, dass mit jedem (wo auch immer) gemiedenen Nachfrager ein potentieller Übergrenzlieferant ausfällt, zeigen sich Fernwirkungen auch auf anderen nationalen Märkten. Im Grundsatz hangen der Ausschlusseffekt des Alleinvertriebs und der damit verbundene Bezugsquellenschwund nicht davon ab, wie gross das Vertragsgebiet in concreto zugeschnitten ist. Damit kann auch innerstaatlicher Alleinvertrieb "der Möglichkeit nach" grenzüberquerenden Handel beeinträchtigen.[70]

Besondere Aufmerksamkeit gebührt indessen der *Spürbarkeitsprüfung.* Solange die Marktverschmelzung noch nicht nahtlos vollzogen ist, sind diese nationalen Bindungen in der Regel gefahrloser. Dies mag Anlass sein, "an die Intensität einer innerstaatlichen Wettbewerbsbeschränkung und ihre durch die Handelsbeeinträchtigungsklausel gekennzeichnete gemeinschaftsrechtliche Erheblichkeit höhere Anforderungen zu stellen als an eine grenzüberschreitende Vereinbarung."[71] Dann aber dürfte Exklusivabsatz für ein Teilgebiet eines Mitgliedstaates – als lokaler Bagatellfall[72] – von Art. 85 meist nicht erfasst werden.[73]

69 Vor allem erstaunt, dass die exklusive Absatzbindung oftmals nicht diskutiert und ein Urteil lediglich aufgrund von Zusatzvereinbarungen (Bezugsabsprache, Akquisitionsverbot usw.) gefällt wird. (Vergl. z.B. LIPPS 1068, WINKEL 207 f. sowie die Kommissionsvorbringen i.S. Roubaix/Roux 115).

70 Vergl. den Vermerk bei TESSIN, AVV, 119.

71 ULMER, Nationale Wettbewerbsbeschränkungen, 80.

72 Grundsätzlich zur mangelnden Spürbarkeit "in räumlicher Hinsicht" ULMER, Anwendungsbereich, 31. – Im Zusammenhang mit dem innerstaatlichen Alleinvertrieb streicht auch GA REISCHL die Spürbarkeitsfrage heraus. (Roubaix/Roux 126).

73 Gegen eine Unterstellung – freilich aus grundsätzlichen Erwägungen – ebenfalls BELLAMY/CHILD 189, EBEL 820, PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER 192 f. und SCHLUEP, AVV I, 147; ausführlich vor allem SCHWANKE 137 f. (Verneinung mittelbarer Wirkungen).

Der *Alleinvertrieb für Drittmärkte* endlich ist nur der Vollständigkeit halber zu erwähnen. Das Kartellverbot lässt ihn einerseits unbehelligt, weil er keine Wettbewerbsbeschränkung "innerhalb des Gemeinsamen Marktes" auslöst.[74] Andererseits vermag er auch auf den zwischenstaatlichen Handel keinen Einfluss zu gewinnen.[75] Die Absprache selber beschränkt nur den Austritt der Vertragswaren aus dem EG-Raum. Künstlich gelenkt wird – unabhängig vom Domizil des Exklusivhändlers[76] – ein Güterstrom auf Fremdgebiet. Selbst mittelbare Schäden fehlen: Die verstossenen Erstabnehmer weilen im Ausland, sind sonach keine potentiellen Anbieter für gemeinschaftsinterne Übergrenzlieferungen.

bb) Persönliche Absatzbindungen

Aus den nämlichen Gründen wie die räumliche verletzt die persönliche Absatzbindung die Zwischenstaatlichkeitsklausel. Infolge des Geschäftsverweigerungsgebotes können zunächst vom Produzenten selber eingeleitete Warenströme nicht in natürlicher Breite fliessen. Direktliefervorschriften behindern die herstellerische Endverbraucherversorgung (auch) auf fremden Märkten[77], marktstufenindifferente Klauseln monopolisieren – unabhängig von der Selektionsvorschrift[78] – netzinternen Absatz (auch) über

74 Vergl. vorn 140 f.

75 So auch die h.M.: SCHLUEP, AVV I, 149 f., ders., AVV II, 278 f., TESSIN, Negativattest, 114, VON DER GROEBEN, Kommentar, 102, SCHWANKE 165 f., GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 115, STUMPF/LÖSCH 35 f., VON GAMM 56, DERINGER, Kommentar, Rn. 46 zu Art. 85 Abs. 1, SCHWANKE 165 f. – Abweichend BECHTOLD (Zwischenstaatlichkeitsklausel, 259), dem eine Regelung des Exports aus der EG genügt.

76 Vergl. die (ergebnisgleichen) Leiturteile zu den beiden Sachverhaltsvarianten in den Entscheiden Rieckermann/AEG-Elotherm 26 und Grosfillex/Fillistorf 381.

77 Vergl. das Zwischenstaatlichkeitsattest im Entscheid BMW (5 f.).

78 *Quantitative* Auslese wirkt sich prinzipiell auf den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr nicht anders aus als *qualitative*. (Vergl. auch hinten 198).

Nationalgrenzen hinaus.[79] Im weiteren stösst man, sofern nicht Konsumenten zu meiden sind,[80] auf die allen Warenlaufbindungen eigenen Sekundärwirkungen in den nachfolgenden Vertriebswegetappen: Ein begrenzter Händlerkreis kann weniger internationale Geschäftsbeziehungen erschliessen als ein unbegrenzter; gedrosselter Handel mit Erst- ist gleichzeitig gedrosselter Handel mit Zweitabnehmern.

EWG-kartellrechtlich ist allerdings erforderlich, dass *integrationsrelevante Warenbewegungen* berührt werden. Darüber entscheidet die Lage des organisierten Vertriebsnetzes. Unmittelbar wird Geschäftsverkehr umgelenkt, wenn sich Bindungsschuldner und -gläubiger in verschiedenen Mitgliedstaaten befinden. Verpflichtungen ausländischer Hersteller und Absprachen im Landesinnern dagegen erzwingen eine mittelbare Handelsbeeinträchtigung. Beide stören das zweite Teilstück des europäischen Güterkreislaufes.[81] [82] Um unbedeutende regionale Sachverhalte auszuklammern, wird man bei innerstaatlichen persönlichen Absatzbindungen die Spürbarkeit besonders überprüfen müssen.[83] Ohne Bedeutung für die Marktvereinheitlichung sind Selektionsvorschriften für ausländische Verteilernetze.[84]

79 Ebenso die Kommission im Entscheid SABA 26.

80 Direktverkaufsverbote zeitigen keinen mittelbaren Niederschlag auf den von der gemiedenen Marktstufe ausgehenden Handel. (Vergl. Fn. 82).

81 Anschaulich (für den Inlandvertrieb) BMW 5: "Infolge der Selektion ... werden alle ... Unternehmen, die bereit wären, BMW-Erzeugnisse in andere Mitgliedstaaten zu exportieren, von BMW aber nicht autorisiert werden, daran gehindert, Abnehmer in diesen Ländern zu beliefern." (Im gleichen Sinne SABA 26) – Vorbehalte gegen eine solche "theoretisch-abstrakt(e)" Beurteilung bei BECHTOLD, Nationale Vertriebssysteme, 185.

82 Eine Ausnahme bilden *Direktlieferregeln*. Daher wird man Zwischenstaatlichkeit verneinen dürfen, wenn solche Bindungen Hersteller im Ausland treffen. Sie verursachen keine Integrationsschäden: Weiterfluss im Gemeinschaftsinnern wird deshalb nicht gebremst, weil Konsumenten keine Wiederverkäufer (und damit auch keine potentiellen Übergrenzlieferanten) sind. – Nämliches gilt für innerstaatliche Direktverkaufsverbote.

83 Vergl. die Erörterungen vorn 191 sowie ULMER, Absatzbindungen, 32 f.

84 Vergl. zur entsprechenden räumlichen Konstellation beim Alleinvertrieb vorn 192.

b) Bezugsbindungen

aa) Bezugsbindungen betreffend Vertragswaren

Dieser Bindungstypus gefährdet freien Handel durch *Steuerung des Netzinnenflusses* auf der Beschaffungsseite. Die als Abnehmer ausfallenden Händler hinterlassen künstliche Lücken im internationalen Wirtschaftsverkehr. Integrationswidrig sind vor allem die (gebietsabschottenden) marktstufenspezifischen Klauseln: Direkteinkaufspflichten verhindern – durch Exklusivität in der ersten Austauschphase – jede Marktversorgung über die Grenze, die Querbezugsverbote eine solche unter Stufenkollegen. [84a] Ebenso wirken marktstufenindifferente Absprachen sich zwischenstaatlich aus, da die Sperre auch nicht-autorisierten Lieferanten im Ausland gilt.

Territoriale Voraussetzung einer Anwendung von Art. 85 ist freilich, dass der Schuldner EG-Domizil aufweist.[85] Nur für diesen Fall wird innergemeinschaftlicher Handel berührt.[86]

bb) Bezugsbindungen betreffend Fremdwaren

In anderer Weise widerstreben Bezugsbindungen für Fremdwaren dem Ziel eines einheitlichen Binnenmarktes. Sie reglementieren nicht produktinternen, sondern *produktexternen Warenfluss.* Die zwischenstaatliche Verknüpfung ist nicht weniger augenfällig:[87] Mit jedem exklusiv gebundenen Händler entfällt ein

84a Vergl. – für eine Exklusivität in der zweiten Austauschphase – Omega 28, Dior/Lancôme 71 und HERMANNS, Selektiver Vertrieb, 173.

85 Dies ist bereits für die Erfüllung des Auswirkungsstatuts gefordert. (Vergl. vorn 145).

86 Ausser Spiel bleiben der Herstellersitz und – weil bei diesem Interventionstypus inexistent – ein räumlich ausgestecktes Vertragsgebiet. (Vergl. die nachstehenden Ausführungen über die Bezugsbindungen für Fremdwaren).

87 MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 329, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 123 und BELLAMY/CHILD 192. – Anders (in unrichtiger Interpretation des Grundig/Consten-Urteils) TESSIN, AVV im EWG-Kartellrecht, 1262 und SCHRÖTER 115; vergl. weiter die Parteivorbringen im Entscheid Minière/Maschinenbau Ulm 294 f.

Umschlagplatz für Güterbewegungen, für nationale wie für internationale, da Inland- wie Auslandkonkurrenten des Binders zu boykottieren sind. Mit wachsender gegenständlicher Breite der Sperranweisung nimmt (quantitativ) auch die Handelsbeeinträchtigung zu.

Bekanntlich zeitigt die Ausschliesslichkeit im Einkauf keine *örtlich* isolierbaren Drittbehinderungen.[88] Mögliche Fremdwarenströme werden umgeleitet, gleichgültig wo ihre Quelle sich befindet. Über die EWG-kartellrechtlich erhebliche Zwischenstaatlichkeit entscheidet daher allein das *Schuldnerdomizil.* Sind EG-Händler verpflichtet, wird in jedem Falle Güterumschlag im Gemeinschaftsinnern gestört.[89] Allemal bilden auch Binnengrenzen unnatürliche Schranken eines freien Leistungsaustausches. Art. 85 Abs. 1 unterstehen somit nicht nur formell zwischenstaatliche Sachverhalte (Parteisitze in unterschiedlichen Mitgliedländern),[90] sondern auch Vorschriften ausländischer Hersteller[91] sowie nationale Bezugsbindungen.[92] Weilen die gebundenen Abnehmer in Fremdstaaten, fehlt – neben der Wettbewerbsbeschränkung "innerhalb des gemeinsamen Marktes"[93] – auch ein Niederschlag

88 Vergl. vorn Bd. 1, 278.

89 So schon DERINGER, Kommentar, Rn. 45 zu Art. 85 Abs. 1.

90 Bei dieser *"klassischen"* räumlichen Konstellation ist die Handelsbeeinflussung unbestritten. (Vergl. etwa SCHLUEP, AVV I, 147 f., PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER 192 und DERINGER, Kommentar, Rn. 45 zu Art. 85 Abs. 1; aus der Praxis SABA 26, Junghans 15 und Jallatte/Voss/Vandeputte 154).

91 Gl.M. REIMER, Preis- und Vertriebsbindungen, 518, SCHLUEP, AVV I, 149 und DERINGER, Kommentar, Rn. 45 zu Art. 85 Abs. 1; anders GRAUPNER, Rules of Competition, 129 und PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER 192 f.

92 Dazu die Kommission im Entscheid BMW 6: "Schliesslich geht auch von dem in begrenztem Umfang bestehenden Konkurrenzverbot ... eine den Warenaustausch zwischen Mitgliedstaaten vermindernde Wirkung aus, da die deutschen BMW-Wiederverkäufer weitgehend als Händler für aus andern Mitgliedstaaten stammende Konkurrenzerzeugnisse ausfallen ...". (Ähnlich Goodyear/Euram 11) – Aus der Literatur SCHWARTZ, Ausschliesslichkeitsverträge, 198 f., RABELS 225, ULMER, Anwendungsbereich, 31, SCHLUEP, AVV I, 147, DERINGER, Kommentar, Rn. 45 zu Art. 85 Abs. 1, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 199.

93 Vergl. vorn 149.

auf den europäischen Integrationsprozess. "Geregelt wird nur, wo der Exportstrom seinen Anfang nimmt, nicht aber die Warenzirkulation innerhalb der Gemeinschaft."[94]

### c) Vertriebsbindungen

Weil sie eine künstliche Organisation des *netzinternen Warenaustausches* einrichten, sind auch persönliche[95] Vertriebsbindungen geeignet, auf den zwischenstaatlichen Handel einzuwirken.[96] In erster Linie wird jener Güterumschlag erstickt, den der Bindungsschuldner nicht in Gang setzen darf. Die Vertriebsklausel beeinträchtigt die Breite des Handelsstromes, den die vertraglich verpflichtete Marktstufe auslösen könnte. Soweit sie den Absatz an Wiederverkäufer reglementiert, werden zudem im fortlaufenden Distributionsweg weniger internationale Geschäftsbeziehungen angeknüpft. Mithin stellt man wiederum den Umschlag von einer Beschränkung der Bezüger zu einer Beschränkung der Anbieter (für den gesamten Gemeinschaftsraum) fest. Das Netz der unterbundenen Austauschvorgänge verdichtet sich dabei mit zunehmender Konsumnähe des Warenlaufes. Diese allgemeinen Erläuterungen sind für die einzelnen Vertriebsbindungstypen wie folgt zu konkretisieren:

*Marktstufenspezifische Abreden* stören den Übergrenzhandel, da ebenfalls ausländische Angehörige der zu sperrenden Marktstufe als Käufer (und als Verkäufer) ausfallen. Das Querlieferverbot vereitelt jeden bilateralen Geschäftsverkehr unter Stufenkollegen.[97] [98]

94 SCHLUEP, AVV I, 150; ferner GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 115.

95 Zu den räumlichen Vertriebsbindungen hinten 200 f.

96 Grundsätzlich a.M. offenbar VON GAMM 54.

97 So die heute h.M.: Vergl. ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 183, REINHART, Vertikale Verträge, 192, HERMANNS, Selektiver Vertrieb, 173, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 101 und SCHMITT, Schwerpunkte, 106; aus der Kommissionspraxis die Entscheide Du Pont 28, Junghans 13, Philips 42, Gerofabriek 11, Omega 28 und Sperry 42 sowie SABA-Bekanntmachung 289.

98 Dies gilt selbstredend auch für die wirkungsgleiche *Direktlieferpflicht des Detaillisten.* (So ausdrücklich FORRESTER 20, GRAUEL 486, HERMANNS, Selektiver Vertrieb, 173 sowie Sperry 42 und Dior/Lancôme 71).

Hiebei steht vor allem die Detaillistenbindung in ihrer Wirkung einer Gebietsschutzvereinbarung gleich.[99] Sprung- und Rückverkaufsverbote machen es unmöglich, mit den betreffenden vor- bzw. nachgelagerten Abnehmern über die Staatsgrenzen hinweg zu kontrahieren.[100] Desgleichen richten Direktliefervorschriften Handelshindernisse auf. Sie vermindern für den ausländischen Verbraucher die Zahl der Parallelimportkanäle.[101] Als Besonderheit vermerke man, dass hier die den andern Vertriebsabreden eigenen Sekundäreffekte ausbleiben. Denn der Konsument ist allemal Endstation in der Absatzkette.[102]

Obwohl sie keine förmlichen Ausfuhrbehinderungen enthalten, unterfallen auch die *marktstufenindifferenten Vertriebsbindungen* der Zwischenstaatlichkeitsklausel von Art. 85 Abs. 1.[103] Auslandverkäufe im Innern der Absatzorganisation stehen zwar offen.[104] Abgebunden bleiben aber Lieferungen an Aussenseiter, eingeschlossen solche über gemeinschaftliche Binnengrenzen. Die stufenindifferente Vorschrift trägt ein Exportverbot bezüglich netzfremder Händler in sich. Damit erhält der von jeder Verteilerstelle ausgehende Warenstrom künstliche Bahnen. Er könnte ohne die Herstellerintervention breiter und verästelter fliessen, wenn

99 Zufolge des verhältnismässig hohen Anteils der *Transportkosten* am Endverbraucherpreis sind Verkäufe an ausländische Letztabnehmer oftmals wenig sinnvoll. Dem Grosshandel dagegen stehen immerhin zwischenstaatliche Einzelhandelslieferungen offen.

100 GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 101, SCHMITT, Schwerpunkte, 106, REINHART, Vertikale Verträge, 192 und die Entscheide Junghans 13, Philips 42, Du Pont 28.

101 Wie hier noch Sperry 42 und Philips 42; anders die neuere Doktrin der Wettbewerbsbehörden, allerdings mit einer vornehmlich am Tatbestandsmerkmal der "Wettbewerbsbeschränkung" ausgerichteten Begründung. (Einzelheiten vorn 151, insb. Fn. 149).

102 Ausnahmsweise geht mit der Ausschaltung eines Käufers nicht zugleich ein potentieller Verkäufer verloren. (Vergl. – für die gleichgelagerten Absatzbindungen – den Vermerk vorn 193 Fn. 82).

103 Prinzipiell a.M. offenbar KLAUSING 56.

104 Richtig KLAUSING 56 (mit unzutreffenden Folgerungen für die Handelsbeeinträchtigung).

nach freiem Marktspiel auch die gemiedenen Absatzmittler zwischenstaatliche Bezugswege eröffneten. Entsprechend vermehrten sich die internationalen Austauschgelegenheiten im Weiterverkauf der Produkte.[105]

Für eine so verstandene Handelsbeeinträchtigung hängt nichts von der befohlenen Selektionspolitik ab. Einvernehmen besteht darüber, dass Vertriebsbindungen mit *quantitativer* Beschränkung den Tatbestand erfüllen.[106] Richtiger Ansicht nach beeinträchtigen aber auch *qualitativ* orientierte Kundenbeschränkungen den Güterumschlag zwischen den Einzelstaaten.[107] In jedem Fall werden nämlich die für untauglich befundenen Bezüger als mögliche Wiederverkäufer vom Verkehr mit den Vertragswaren ferngehalten. Wohl wächst mit der Strenge der Selektionsanforderungen die Zahl blockierter Geschäftsverbindungen. Doch besteht kein Anlass, aus grundsätzlichen Erwägungen irgendwelche "milde" Qualitativauslese dem sachlichen Anwendungsbereich des Kartellverbots zu entziehen.[108] Ein solcher die Breite der Ausschlusswirkung herausstellender Ansatz unterlegt der Zwischenstaatlichkeitsklausel eine unrichtige quantitative Ausdeutung.[109] Erfasst wird endlich auch der vertraglich vereinbarte Boykott bestimmter Handelsbetriebs-

105 Vergl. insb. BMW 5; dazu auch 5. Wettbewerbsbericht 26 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 102.

106 Grundlegend Omega 25 und BMW 5; vergl. weiter 1. Wettbewerbsbericht 70, 4. Wettbewerbsbericht 26 und 5. Wettbewerbsbericht 26. – Aus dem Schrifttum sind zu konsultieren: BECHTOLD, Vertriebssysteme, 187, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 204, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 193, FORRESTER 20, KIRSCHSTEIN, EWG-Kartellrecht 1970, 506, SCHMITT, Schwerpunkte, 105, SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 54, GRAUEL 486 und REINHART, Vertikale Verträge, 192.

107 Gl.M. die Kommission in BMW 5 sowie GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 102.

108 So aber die neuere Lehre der Kommission (und des Gerichtshofes), die eine Kundenbeschränkung nach *objektiven qualitativen Kriterien* für vereinbar mit Art. 85 Abs. 1 hält. (Ausführlich darüber – im Zusammenhang mit dem Normelement der "Wettbewerbsbeschränkung" – vorn 152 f.).

109 Vergl. im Grundsätzlichen vorn 177 f.

formen, z.B. das Übereinkommen, im Gemeinsamen Markt keine Warenhäuser zu bedienen.[110]

In *räumlicher Hinsicht* entscheidet, wo das mittels Vertriebsbindungen organisierte Verteilernetz gelegen ist. Erheblich für die europäische Marktvereinheitlichung sind alle Absprachen, die – als Primär- oder Sekundärwirkung – den Übergrenzhandel innerhalb des Gemeinschaftsgebietes beschlagen. Unter Art. 85 Abs. 1 steht selbstverständlich der heute gängige *europaweite Selektivvertrieb*. Ohne Bedeutung ist dabei das Herstellerdomizil.[111] Der Sitz des Erstabnehmers (als Bindungsschuldner) ändert ebenfalls nichts am integrationsrelevanten Zwischenstaatlichkeitsbezug. Ist beispielsweise ein ausländischer Alleinvertreter zur Beschränkung seines Kundenkreises aufgerufen, wird unmittelbar nur die Anzahl der Handelsstränge über EG-Aussengrenzen herabgesetzt. Die limitierte Schar der Zweitabnehmer im Gemeinsamen Markt bringt aber gleichzeitig Drittabnehmer um Beschaffungsalternativen. Abgelenkt wird der grenzüberschreitende Güterfluss zwischen diesen (und allfälligen weiteren) Marktstufen. Eine Ausnahme ist allerdings für die Direktliefervorschriften an Händler in Drittstaaten anzuzeigen. Weil sie keine innergemeinschaftlichen Sekundärerfolge hervorrufen,[112] bleiben sie nach Art. 85 Abs. 1 unverdächtig.

Wie diese Auslandsachverhalte hat man die *innerstaatlichen Vertriebsbindungen* zu beurteilen. Der Inhalt der Absprache selber berührt lediglich den Güterumschlag auf nationalem Boden. Mit der Händlerauslese in der ersten wird aber wiederum die natürliche Zirkulation in der zweiten Warenlaufetappe gestört.[113] Auch

110 Junghans 13, Omega 28; ferner STÖVER 103, KIRSCHSTEIN, EWG-Kartellrecht 1970, 508 und SCHMITT, Schwerpunkte, 102.

111 Die Vertriebsbindung regelt nicht den Warenverkehr zwischen Erzeuger und Händler, sondern denjenigen unter Verteilern. - Wie hier (für die von einem Schweizer Produzenten auferlegten Klauseln) Omega 25; unrichtig DERINGER, Kommentar, Rn. 46 zu Art. 85 Abs. 1.

112 Endverbraucher sind keine Umschlagstellen für Vertragserzeugnisse. (Vergl. abermals vorn 193 Fn. 82).

113 Treffend BMW 5.

Inlandklauseln sind demnach dem Verbotstatbestand zuzuführen[114], sofern sie spürbar[115] auf den zwischenstaatlichen Handel sich auswirken.[116]

Kein Warenverkehr im Innern der Gemeinschaft ist betroffen[117], falls an EG-Händler Vertriebsanweisungen für *Drittmärkte* ergehen. Der normierte Strom der Vertragserzeugnisse fliesst auf Fremdgebiet. Auch mittelbar schlägt die Begrenzung der ausländischen Abnehmer nicht auf die Marktverschmelzung zurück. Diese bahnen nämlich im besten Falle Geschäftsverbindungen über eine EG-Aussengrenze an.[118]

### d) Gebietsschutzbindungen

In besonders sinnfälliger Weise stehen Gebietsschutzabsprachen der Errichtung europäischer Binnenmarktverhältnisse entgegen.[119] Wie die persönlichen haben auch die räumlichen Waren-

114 Vergl. BMW 5; dazu EBEL 820, TESSIN, Markenartikelvertrieb, 685 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 102. – Eine Mehrheit im Schrifttum votiert gegen einen europakartellrechtlichen Zugriff auf nationale Vertriebssysteme. (Mit grundsätzlichen Bedenken über die damit verknüpfte Dehnung des Anwendungsbereichs von Art. 85 BECHTOLD, Vertriebssysteme, 186 und GRAUEL 490; im gleichen Sinne DERINGER, Kommentar, Rn. 46 zu Art. 85 Abs. 1, LEHMPFUHL 70, SCHWARTZ, Vertikale Bindungen, 321, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 193, VON GAMM 53, KLAUSING 50 und KIRSCHSTEIN, EWG-Kartellrecht 1970, 507; vergl. weiter die beiden Voten von RICHTER und FISCHÖTTER am VI. Kartellrechtsforum in Brüssel, in: Neue Entwicklungen im EWG-Kartellrecht, Köln-Bonn-Berlin-München 1977, 104 resp. 108).

115 Der Spürbarkeitstest hat wiederum *lokale Bagatellsachverhalte* auszusondern. (Vergl. vorn 191) – ULMER (Absatzbindungen, 32f.) etwa verneint für den Regelfall Spürbarkeit.

116 Der gleiche Vorbehalt gilt Direktlieferbeschränkungen.

117 Wie vorn (157) aufgedeckt, fehlt es bereits an gemeinschaftsrechtlich relevanten Auswirkungen der "Wettbewerbsbeschränkung".

118 A.M. wohl BECHTOLD, Zwischenstaatlichkeitsklausel, 259.

119 BAROUNOS/HALL/JAMES (52) sprechen von der "most direct method of isolating national markets within the ECC...". – Ähnlich die Kommission im 1. Wettbewerbsbericht 61.

laufbindungen ein Verbot des Aussenhandels mit nicht-autorisierten Händlern zum Inhalt. Dazu (und vor allem) aber lassen sie dem internationalen Güterumschlag innerhalb des ordentlichen Vertriebssystems keinen freien Lauf: Die Grenzen werden selbst für netzinterne Bewegungen abgeriegelt. Auf diese Weise entstehen künstliche Export- und Importmonopole im abgebundenen Marktraum. Gebietsschutz verhindert damit die für das Zusammenwachsen der nationalen Märkte bedeutungsvolle *Parallelversorgung mit den Vertragswaren.* In erster Linie vermerkt man natürlich den Ausfall jener Kundenbeziehungen, die der verpflichtete Abnehmer nicht eingehen darf. Abermals pflanzt sich die Handelsbeeinträchtigung aber in der Vertriebskette fort. Die ausgeschlossenen Händler können (mit den vorenthaltenen Erzeugnissen) ihrerseits keinen Verkehr über die Grenze in die Wege leiten. Diese Integrationsschäden bringen die vertikalen Gebietsschutzvereinbarungen nach heute unbestrittener Ansicht unter den Verbotstatbestand von Art. 85 Abs. 1.[120] Das in den Anfängen der europäischen Kartellrechtsentwicklung dagegen vorgebrachte Argument der Markterschliessung und der Handelsförderung[121] erweckt nicht nur in seiner wirtschaftlichen Begründung Zweifel,[122] sondern verkennt auch den Inhalt des Zwischenstaatlichkeitsvorbehalts.[123]

120 So auch die heute durchwegs vorherrschende Meinung: Vergl. PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER 202, MÖHRING, Reimportklausel, 18, FORRESTER 15, BAROUNOS/HALL/JAMES 52, SCHWANKE 174, HAGENAUER 148, EHLERS 426 f., BEIER 86, PRÖBSTING 169, KEYSER 288 f., TESSIN, AVV im EWG-Kartellrecht, 1262, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 127, dies., EWG-Kartellrecht, 176, CUNNINGHAM, Competition Law, 130 f., DERINGER, Kommentar, Rn. 45 zu Art. 85 Abs. 1, SCHOLZ 5, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 241, KÖNIG 83, KUHLMANN 46, VON GAMM 53, STUMPF/LÖSCH 16 f., LOEBELL 35; dazu aus der Kommissionspraxis Kawasaki 14, Arthur Bell 18, Teacher 22, Distillers 24, Theal/Watts 23 f., BMW Belgium 39 f., Miller 41 f., Du Pont 28, Kodak 25, WEA-Filipacchi 54, Philips 40 f., Gerofabriek 11 f., Französische Mineralwasserfirmen 93 f., Niederländischer Verlegerverband 93, Citroen 420, Sperry Rand 42, Agfa-Gevaert 67 f.

121 Vergl. z.B. BASSON 602, KLAUSING 74 f., LUTZ, Exportverbote, 499, LEHMPFUHL 78 f., WOHLFAHRTH/EVERLING/GLAESNER/SPRUNG 245, LANGENKAMP 174, KLEEMANN, Ausschliesslichkeitsverträge, 1634, ders., Wettbewerbsregeln, 36, SCHWARTZ, Vertikale Bindungen, 321.

122 Vergl. MÖHRING, Reimportklausel, 180. – Näheres in der freistellungsrechtlichen Abhandlung hinten 271 f. und 281 f.

Das bisher Vorgetragene gilt ebenfalls für all jene Klauseln, die in Zielsetzung oder Auswirkung den expliziten Import- und Exportbeschränkungen gleichkommen. So bauen Warenzeichenklauseln mit Gebietsschutzeffekten[124] oder marktstufenspezifische Vertriebsbindungen[125] unmittelbare Handelsbarrieren auf. Andere Abreden lassen zwar den Übergrenzverkehr zu, belasten ihn aber mit unnatürlichen Hindernissen. Dies gilt namentlich für Vorschriften, die Ausfuhrgeschäfte mit Preisnachteilen verbinden[126] oder eine autonome Preisfestsetzung auf den einzelnen nationalen Märkten untersagen.[127] Falls nicht im Vertragsgebiet erworbenen Waren eine Servicesperre des autorisierten Netzes droht, werden auch die entsprechenden Kundendienstregeln Privat- oder Händlereinfuhren zurückbinden.[128] Wegen der steuerli-

123 Es stellt Art. 85 Abs. 1 unter eine wirtschaftspolitische Rule of Reason. (Vergl. vorn 124 f.).

124 Grundig/Consten 393 f. und Theal/Watts 24; dazu auch STUMPF/LÖSCH 29 f., GLEISS, Urteile, 175, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 130 f., ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 187, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 333, SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 51, ders., Konturen, 134, PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER 196, SCHLIEDER, Vertikale Kooperation, 148 f.

125 Vergl. vorn 196 f.

126 Vergl. die Entscheide Distillers 27 und Pittsburgh Corning Europe 38; ebenso FORRESTER 15 und ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 188.

127 Insb. Pflichten, bei Export- oder Reimportlieferungen *nationale Preisbindungen* einzuhalten. (Vergl. Junghans 12 f., Philips 41 f., SABA 24, Kodak 25 f. (für entsprechende Zahlortklauseln), Dior/Lancôme 71, HERMANNS, Selektiver Vertrieb, 173, BAROUNOS/HALL/JAMES 52, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 187, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 183; a.M. KLAUSING 45 f.) – An den gemeinschaftsrechtlich erheblichen Integrationsstörungen ändert auch eine allfällige Duldung vertikaler Preisbindungen durch den einzelstaatlichen Gesetzgeber nichts. (Ausführlich insb. Philips 41 f. und Agfa-Gevaert 68).

128 "Die Verweigerung von Garantieleistungen für Erzeugnisse, die über andere als die vom Hersteller selbst errichteten Vertriebswege ausgeführt werden, kann die normale Entwicklung des innergemeinschaftlichen Handels erheblich behindern. Dieses Hindernis beeinträchtigt die Interessen des Verbrauchers vor allem dann, wenn sich die Preise für ein und dasselbe Erzeugnis von einem Mitgliedstaat zum andern deutlich unterscheiden." (7. Wettbewerbsbericht 26) – Vergl. ferner die Kommissionsmitteilungen i.S. Constructa 41 und Zanussi 27 sowie SPORMANN, Entwicklung, 441, ders., Europäischer Alleinvertrieb, 51, STUMPF/LÖSCH 21 f., REIN-

chen Belastung sehen ferner solche Verteiler von Auslandgeschäften ab, denen ein Weiterverkauf unter Zollverschluss verboten ist.[129] Schliesslich beeinträchtigen Ausgleichsprovisionen[130] und Mindestabnahmepflichten mit räumlich orientierter Berechnungsgrundlage[131] eine freie Abwicklung des Aussenhandels.

Anhand der vier bekannten Fallgruppen[132] bleibt auszumachen, in welcher räumlichen Konstellation Gebietsschutzabsprachen europakartellrechtlich massgebliche Güterströme umlenken:

In erster Linie berühren *Verbote des Warenverkehrs mit einzelnen EG-Staaten* gemeinschaftlichen Handel.[133] Residiert der pflichtige Händler selber im Gemeinsamen Markt, verhindert die Bindung unmittelbar das Aufsuchen von Käufern bzw. Verkäufern

HART, Vertikale Verträge, 192, VON DER GROEBEN, Handbuch, 97 f., ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 186; neuerdings auch Zanussi-Entscheid 38.

129 Vergl. Distillers 24, Arthur Bell 18 und Teacher 22; dazu auch BELLAMY/CHILD 187 und SHARPE 451.

130 Grundsätzlich kann jede Verpflichtung zur Leistung von *Ausgleichszahlungen* von der Anknüpfung internationaler Kundenbeziehungen abhalten. Die Handelsbeeinträchtigung hängt daher nicht von deren Höhe ab. (Vergl. – mit Hinweisen auf die Praxis – GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 178; mit gleichem Ergebnis BELKE, Relevanter Markt, 288 und SCHRÖTER 115) – Ein Grossteil der Literatur scheint indessen nur klar prohibitive Ansätze Art. 85 Abs. 1 unterstellen zu wollen. (Vergl. BAROUNOS/HALL/JAMES 52, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 128, MARKERT, Anwendung, 363, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 185, HOOTZ, AVV, 1251, BECKER, Vertical Agreements, 115 f., SPORMANN, Konturen, 134, ders., Europäischer Alleinvertrieb, 50.

131 D.h. übersetzte Mindestbezugsquoten ohne Verrechnung ausländischer Verkäufe.

132 Vergl. – mit genauerem Beschrieb der einzelnen Bindungsinhalte – vorn Bd. 1, 217 f.

133 Da die hier auseinandergesetzten räumlichen Vertriebs- und Bezugsbindungen nicht den Warenaustausch zwischen Produktion und Handel organisieren, bleibt das Herstellerdomizil ohne Belang. Den Zwischenstaatlichkeitsvorbehalt erfüllen daher auch Vorschriften ausländischer Erzeuger (gl.M. SCHLUEP, AVV I, 149 und SCHWANKE 184; aus der Praxis Kawasaki 14) oder Verträge unter nationalitätsgleichen Partnern (ebenso PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER 191, GRAUPNER, Rules of Competition, 121 f., SCHLUEP, AVV I, 147, SANDROCK, Grundbegriffe, 503, ULMER, Preis- und Vertriebsbindungen, 18, EBEL 826; aus der Praxis AEG-Telefunken 39 und SABA 24).

in Partnerländern und damit das Überschreiten von Binnengrenzen. Darf ein Mitglied- von einem Drittstaat aus nicht bedient werden, prallt der Importstrom vorerst nur an der Aussengrenze ab. Wie bei den territorial gleichgelagerten andern Warenlaufklauseln ist zwischenstaatlicher Handel indessen durch die Verminderung der Tauschvarianten von Zweitabnehmern getroffen.[134] Jede Zutrittsschranke zum Gemeinsamen Markt wirkt auf die Kapillarverteilung im Innern sich aus.

Den gleichen Störfaktoren begegnet man bei den praktisch wichtigeren *Verboten des Warenverkehrs mit dem EG-Gebiet* (als ganzem). Auch sie erstellen keine direkten Handelsbarrieren, behindern aber die Eröffnung neuer Kanäle im Gemeinschaftsvertrieb. Dabei ist ohne Belang, ob das Exportverbot den erstmaligen Grenzübertritt oder die Wiedereinschleusung ausgeführter Erzeugnisse hemmt.[135] Ausser Spiel bleibt im besonderen die Höhe allfälliger Zollbelastungen beim Verkehr zwischen dem Sitzland des verpflichteten Händlers und der Gemeinschaft.[136] Sie ändert nichts am wettbewerbspolitisch entscheidenden Grundsachverhalt der Unterbrechung von Warenströmen. Potentielle können – bei entsprechenden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen – allemal zu aktuellen werden.[137] Man hat demzufolge einer neueren Entwicklung in der Behördenpraxis zuzustimmen und jede Behinderung der Anlieferung des EG-Raumes zu verbieten.[138]

Obzwar *inländischer Gebietsschutz* vordergründig regionale Teilmärkte isoliert, strahlt er zumeist unmittelbar auf die gesamtgemeinschaftliche Verteilung aus. Denn wer keine Übergrenzge-

134 Vergl. vorn 188 f.

135 Zur Unterscheidung vorn 163.

136 Darauf stellte eine ältere Rechtsprechung der Kommission ab. (Grosfillex/Fillistorf 381 und SABA 26; vergl. auch MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 158).

137 Vergl. vorn 164 f.

138 Vergl. etwa EMI/CBS 908, Raymond/Nagoya 41 und Sirdar/Phildar 27 f. sowie die Kommissionserklärungen in ABl. Nr. C 111/13 vom 21.10.1972 und in Bull. 10/1976, Nr. 2112; aus dem Schrifttum BECHTOLD, Bedeutung, 470, ders., Zwischenstaatlichkeitsklausel, 259 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 103.

schäfet im Landesinnern besorgen darf, dem sind wohl auch solche mit dem Ausland verwehrt. Inländische räumliche Bindungen schliessen in aller Regel ein Verbot von Verkäufen in andere Mitgliedstaaten ein. Selbst wenn ausnahmsweise Auslandlieferungen geduldet wären, würde nach der Zweikreislaufbetrachtung ein "interstate commerce"-Bezug ersichtlich, soweit die im Inlandvertrieb gemiedenen Händler nicht als Exporteure auftreten.[139] Spürbarkeit unterstellt, bringen diese Sekundärwirkungen jeden binnenstaatlichen Gebietsschutz in den Anwendungsbereich des EWG-Kartellrechts.[140]

*Verbote des Warenverkehrs mit Drittländern* dagegen erfüllen das Tatbestandsmerkmal der Handelsbeeinträchtigung nicht.[141] Vertraglich abgebunden werden nur Warenbewegungen ausserhalb der EG-Grenzen. Mittelbar zeigt sich kein integrationsrelevanter Niederschlag, da die betroffenen Umschlagstellen bloss den Güterzufluss zum Gemeinsamen Markt zu aktivieren vermöchten.[142]

139 Man vergleiche die Erörterungen zur exklusiven Absatz- und zur Vertriebsbindung vorn 191 und 199 f.

140 Ebenso (für spezielle Einzelfall-Beispiele) SCHWANKE 172 f.

141 GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 115, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 160, SCHWANKE 181 f., EBEL 820 und MÜLLER-FEMBECK 108 bzw. 113; mit gleichem Ergebnis, aber anderer Begründung, Goodyear/Euram 11 f., Kodak 26, Omega 25 und SABA 26.

142 Anders die jüngere Spruchpraxis der Kommission: Sie bejaht einen Zwischenstaatlichkeitseffekt, falls zwischen den Domizilländern der Vertragsparteien die Zollschranken beseitigt sind. (Junghans 14, Campari 74, Distillers 24 und 6. Wettbewerbsbericht 90 f.; vergl. auch FORRESTER 10, BECHTOLD, Bedeutung, 470, ders., Zwischenstaatlichkeitsklausel, 259, VON DER GROEBEN, Handbuch, 102, TESSIN, Markenartikelvertrieb, 685, SCHMITT, Schwerpunkte, 106 f. und DERINGER/SEDEMUND, Europäisches Gemeinschaftsrecht 1977, 990 f.).

2. Bindungen der Angebotsgestaltung

a) Bindungen hinsichtlich des parteiexternen Verhältnisses

aa) Bindungen über die Vertragsgestaltung mit Dritten

Die qualifizierten Absatz- und Vertriebsbindungen kanalisieren den *Lauf der Vertragsprodukte über mehrere Wirtschaftsstufen.*[143] Damit halten sie natürliche Güterströme an (mindestens) zwei Quellpunkten auf: Die Erstbindung[144] verunmöglicht internationale Geschäftsverbindungen des Schuldners mit solchen Nachfragern, die die befohlenen Auflagen nicht zu übernehmen gewillt sind. Die Zweitbindung[145] hemmt den von der nachstehenden Handelsstufe angebahnten Warenumschlag. Nur jene Verteiler werden in den Kreislauf eingeschaltet, die den Selektionsanforderungen des Zweitbindungsgläubigers genügen. Man erkennt, dass sich zudem im normierten Stufengefüge die wiederholt geschilderten Sekundärfolgen einstellen. Sowohl die von der ersten wie die von der zweiten Geschäftsverweigerung betroffenen Händler können selber mit den Vertragswaren nicht in fremde Markträume vorstossen. Die Zirkulationsstörungen der qualifizierten Warenlaufabreden unterscheiden sich nur bezüglich der Reichweite im Vertriebsweg von denjenigen der einfachen. Sie gefährden damit (a fortiori) zwischenstaatlichen Handel im Sinne von Art. 85 Abs. 1.[146] Ob sie in territorialer Hinsicht dem gemeinschaftlichen Integrationsprozess schaden, ist nach den für die betreffenden einfachen Bindungstypen entwickelten Grundsätzen zu entscheiden.[147]

143 Vergl. vorn Bd. 1, 288 f.

144 D.h. die Absprache unter den ursprünglichen Kontrahenten.

145 D.h. die Vereinbarungen zwischen Erstbindungsschuldner und dessen Abnehmern.

146 Gleich im Ergebnis die Entscheide SABA 25 f. und BMW 5 f.

147 Vergl. vorn 193 und 199.

bb) Bindungen generellen Absatz- und Unternehmensverhaltens

*α) Interessenwahrnehmungs- und Absatzförderungsbindungen*

Pflichten zu Interessenwahrnehmung und Absatzförderung sind, soweit sie ohne Niederschlag auf Kundenwahl- oder Angebotsgestaltungsfreiheit bleiben, wettbewerbsneutral.[148] Sie beeinträchtigen alsdann auch keinen zwischenstaatlichen Handel. Bei zielgerichtetem Einsatz ist freilich eine künstliche Lenkung von Güterbewegungen nicht ausgeschlossen. Man erinnere sich an eine Förderungsklausel, die dem Händler (infolge Kapazitätsauslastung) den Vertrieb von Konkurrenzprodukten verunmöglicht oder ihm (durch prohibitive Verkaufsquoten für das eigene Vertragsgebiet) Auslandlieferungen erschwert.[149]

*β) Marketing-politische Bindungen*

Das Fehlen eines wettbewerbstheoretischen Konzeptes für Marketing-Absprachen[150] offenbart sich auch in den bisherigen Stellungnahmen zu ihren Auswirkungen auf den Übergrenzverkehr. Das Schrifttum schweigt sich – soweit überblickbar – zur Fragestellung aus.[151] Die Rechtsanwendungsbehörden haben in der Mehrzahl ihrer Entscheide weder ein positives noch ein (näher erläutertes) negatives Attest ausgestellt.[152] In den Fällen BMW und SABA belegte die Kommission die Handelsstörung zu Unrecht mit

148 Vergl. vorn 167.

149 Im ersten Fall hat man ein *Bezugsbindungs-*, im zweiten ein *Gebietsschutzsurrogat* vor sich. (Vergl. vorn 167).

150 Vorn 168.

151 Bezeichnend etwa das neue Standardwerk von GLEISS/HIRSCH, das einlässlich Vereinbarungen marketing-politischen Inhalts auseinandersetzt, sich aber auf die Diskussion der Freistellungsfähigkeit und der Wettbewerbswirkungen beschränkt. (GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 187 f.).

152 Vergl. Kodak 25 f., Duro-Dyne/Europair 11 f., Omega 25, D.R.U./Blondel 256.

dem Ausschluss potentieller Ausfuhrlieferanten,[153] will heissen mit den typischen Folgen der kongruenten Warenlaufabreden.[154]

Ein sachgerechter Befund über die Handelsbeeinträchtigung durch marketing-politische Pflichten hat von deren Wettbewerbswirkungen auszugehen. Wie man weiss, halten sie für sich genommen keine Nachfrager vom Vertragswarenbezug fern.[155] Demzufolge lassen sie auch die Dichte des Netzes internationaler Geschäftsverflechtungen unberührt. Offenkundig ist *kein zwischenstaatlicher Handel im Sinne einer quantitativen Herabsetzung* der Kundenbeziehungen über die Grenze behindert.

Die in Rede stehenden Bindungen legen indessen die Gestaltung der Händlerangebote fest, auch derjenigen auf Auslandmärkten. Sie prägen damit die innere Beschaffenheit des Güteraustausches. Er vollzieht sich wohl in den natürlichen Bahnen, nicht aber in der natürlichen Vielfalt der möglichen Angebotsmodalitäten. Die Vertragsabsprachen *standardisieren den grenzüberschreitenden Handel in qualitativer Hinsicht.* Dieser wird in einer andern Leistungskonstellation abgewickelt also ohne die Herstellereinwirkung. Für die Anwendung von Art. 85 Abs. 1 kommt folgerichtig alles darauf an, ob nach dieser Bestimmung der internationale Güterstrom nicht nur in seiner Verteilungsdichte, sondern auch in seiner (qualitativen) Zusammensetzung frei fliessen müsse. Dies hat man in der Tat zu bejahen.

Ein solches Auslegungsergebnis stützt sich auf das der Zwischenstaatlichkeitsklausel unterlegte Grundziel der Marktvereinheitlichung ab.[156] Ihr dienen im fortgeschrittenen Integrationsstadium nicht nur breit verzweigte, sondern auch inhaltlich mannigfaltige Austauschbeziehungen. Gemeinschaftsinterner Warenkreislauf wird angeregt, falls sich die einzelnen Bezugsgelegenheiten voneinander abheben. Wünscht sich ein Käufer die Vertragserzeugnisse in einer andern als der im Inland angetragenen Leistungs-

153 BMW 5, SABA 26.

154 Vergl. die Kritik vorn 168 f.

155 Vergl. vorn Bd. 1, 265 f.

156 Darüber vorn 181 f.

konzeption, wird er in fremde Märkte ausweichen, sofern er diese dort vorfindet. Freie Variation der Vertriebsgestaltung fördert die Aussenhandelstätigkeit dadurch, dass Verteiler mit veränderter Angebotspalette in ausländische Verkaufsgebiete eindringen können. Schreibt nun aber der Hersteller den Vertragswarenabsatz einheitlich fest, wird diese Triebfeder der Integration ausgeschaltet.

Die Modulationsmöglichkeiten für den zwischenstaatlichen Güterverkehr ergeben sich aufgrund der den Wiederverkäufern zur Verfügung stehenden Wettbewerbsparameter. Geschäftsbeziehungen lassen sich mittels eigenständiger Nebenleistungs-, Werbe-, Qualitäts- oder Preispolitik individualisieren.[157] Eine *unzulässige (qualitative) Einwirkung auf den Übergrenzhandel* wird man in der Folge dann annehmen müssen, wenn in einem geschlossenen Distributionssystem die Absatzstrategie der Vertriebsstellen bezüglich einem oder mehreren dieser Operationsfelder lahmgelegt ist. Somit deckt sich der Beurteilungsmassstab der "Handelsbeeinträchtigung" mit jenem der "Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs".[158] Für die Diagnose des Zwischenstaatlichkeitsbezugs der einzelnen Bindungsinhalte kann daher weitgehend auf die Erhebungen zu diesem Normelement verwiesen werden.[159]

Vorschriften über den *Nebenleistungswettbewerb* – insb. über Einrichtung und Ausstattung, Warenpräsentation, Personal, Lagerhaltungsqualität, Kundendienst – belassen hinlänglichen Variationsfreiraum, sofern sie bloss den Einsatz eines der Instrumente reglementieren. Werden aber mehrere oder alle vom Produzenten gleichgerichtet, kann eine unstatthafte Uniformierung der Handelsbeziehungen vorliegen.[160] Bleibt die Eindeckung bei Konkurrenzherstellern offen, sind auch Mindestlager- und Sortimentspflichten

157 Zu den einzelnen Wettbewerbsparametern vorn Bd. 1, 268.

158 Einmal mehr offenbart sich das Näherrücken der beiden Tatbestandsmerkmale im Zuge fortschreitender Marktverschmelzung. (Grundsätzlich dazu vorn 183 f.).

159 Ausführlicher zum folgenden vorn 170 f.

160 Im Schlussbefund wie hier BMW 5. – Nur für Ausnahmefälle nimmt KÖNIG (96) eine Handelsbeeinträchtigung an.

nicht zu beanstanden. Andernfalls schneiden sie Warenbewegungen ab und unterfallen (als Bezugsbindungssurrogate) dem Verbot von Art. 85 Abs. 1.[161] [162]

Nach den Dispositionsmöglichkeiten im Einzelfall hat man auch die *werbepolitischen Weisungen* zu beurteilen. Eigenständiger Parametereinsatz ist noch nicht ausgeschlossen, wenn der Hersteller eine allgemeine Werbepflicht festlegt, die Absatzstelle zu finanzieller Beteiligung anhält[163] oder ihr einzelne Reklamemassnahmen vorschreibt.[164] Unzulässig ist dagegen ein gänzlicher Entzug der Werbefreiheit oder ein Missbrauch von Reklameklauseln zu Preisbindungs- oder Gebietsschutzzwecken.[165] Gemeinschaftsweiten Handel behindert vor allem das *Akquisitionsverbot.* Es unterbindet gerade die für die Erschliessung von Exportmärkten erforderlichen logistischen und werbepolitischen Vorkehren. Mithin schwindet der Anreiz des Absatzmittlers zur Organisation systematischer Ausfuhrlieferungen.[166]

Weder auf Laufrichtung noch auf Beschaffenheit der Güterströme schlägt die Order zum Aufbau eines Vertriebsnetzes zurück.

161 Vergl. die (anders begründeten) Verbote in den Entscheiden SABA 26 und BMW 5.

162 Dagegen verstossen auch Verpflichtungen zu (exklusiver) Ergänzung des herstellerischen Produkteprogramms. (Ebenso GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 190).

163 Zutreffend im Ansatz die Kommission (Campari 75): "Im vorliegenden Fall veranlasst nichts zur Feststellung, dass die Lizenznehmer durch die Höhe dieses Mindestbeitrages daran gehindert werden, andere Tätigkeiten zu entfalten oder auch eigene Werbung zu treiben."

164 Ohne Aussage über den Zugriff von Art. 85 Abs. 1 GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 188.

165 Vergl. GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 188 (für Preisbeeinflussung) und Philips 42 (für ein Verbot der Reklame in den Zwischenhandel ansprechenden Werbeträgern).

166 Vergl. Goodyear/Euram 11, BMW 5, Junghans 15, SABA 26, Campari 73 f.; gl.M. – ohne direkte Bezugnahme auf die Zwischenstaatlichkeitsklausel – offenbar SCHMITT, Schwerpunkte, 106, BECHTOLD, Vertriebssysteme, 189, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 185 und HOOTZ, SABA, 172; für Einzelfallentscheid SCHRÖTER 115.

Ohne Beigabe von Annexpflichten steht dem Schuldner sowohl das Exportgeschäft selber wie auch die Angebotsgestaltung im Ausland frei.[167] [168]

### γ) *Warenzeichenbindungen*

Die Frage der Integrationserheblichkeit stellt sich dann nicht, wenn die Absprachen innerhalb der den Warenzeichenrechten eigenen Schutzsphäre verbleiben. Wie bereits erwähnt, greift Art. 85 Abs. 1 weder auf die Exklusivübertragung an das autorisierte Netz noch auf die verschiedenen Verwendungsklauseln.[169] Verbotene Handelsschranken errichten dagegen markenrechtlich abgestützte Behinderungen der Parallelimporte.[170]

### δ) *Konkurrenzverbote*

Die Konkurrenzverbote unterbinden einen Vorstoss des Schuldners über Gemeinschaftsgrenzen in der ihm versagten unternehmerischen Eigenschaft. Dasjenige des Herstellers wie dasjenige des Händlers erfüllen den Kartelltatbestand:[171] Dieses blockiert die Geschäftsverbindungen, die der Produzent als inländischer Exporthändler und als Verteiler im Ausland anknüpfen könnte. Jenes führt zum Ausfall des gesamten Güterumschlages, den der Pflichtige als Erzeuger über ein europäisches Netz abzuwickeln ver-

167 Richtig das Negativattest im Entscheid SABA 25; a.M. der Gerichtshof im Urteil Metro 1914.

168 In *territorialer Beziehung* sind – unabhängig vom Sitz des verpflichteten Händlers – all jene Absprachen integrationsrelevant, die die Gestaltung der Angebote für den Gemeinsamen Markt regeln.

169 Vergl. – mit Hinweisen – vorn 173.

170 Zu den gebietsschützerischen Warenzeichenabreden vorn 202.

171 Vergl. auch vorn 173 f.

möchte.[172] Bei beiden Klauseln treten zudem die ausweitenden Sekundärwirkungen der Warenlaufabreden auf.[173] [174]

b) Bindungen hinsichtlich des parteiinternen Verhältnisses

aa) Kaufvertraglicher Rahmen (insb. Mindestabnahmepflichten)

Die wettbewerbskonformen[175] Drittwirkungen des Kaufvertrages werden – trotz Ausstrahlung über Grenzen hinweg[176] – natürlich auch unter dem Titel der Handelsbeeinträchtigung nicht beanstandet, selbst wenn Mengenvorschriften auf Zeit ergehen.[177] Begründen jedoch hohe Abnahmeverpflichtungen eine *Ausschliesslichkeit im Bezug,* liegt ein Eingriff in die freie Warenzirkulation vor.[178] Zwischenstaatliche Güterströme stossen alsdann an den aufgefüllten Sortimenten und Lagern der gebundenen Händler an.

172 Ebenso STÖVER 99.

173 Vergl. Campari 73 und SABA 26; gl.M. GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 184.

174 Für die Frage des Niederschlags auf den *Handel innerhalb der Gemeinschaft* kann auf die Erörterung des Auswirkungsstatuts verwiesen werden. Nur solche Konkurrenzverbote sind in räumlicher Hinsicht bedeutungslos, die ausschliesslich die Vertikalintegration für ausländische Märkte untersagen. (Vergl. vorn 174).

175 Vergl. vorn Bd. 1, 286 f.

176 Die momentanen Ausschlüsse von Konkurrenzlieferanten und -abnehmern wirken universell.

177 Goodyear/Euram 10 f. (stillschweigend), STÖVER 101, SPORMANN, Konturen, 132 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 199.

178 Vergl. den (anders motivierten) Unterstellungsentscheid der Kommission in SABA 25; strenger der Gerichtshof im Urteil Metro 1913 (für grundsätzlichen Zugriff von Art. 85 Abs. 1 auf Mindestabnahmen).

bb) Informations- und Kooperationsbindungen

Die Mehrzahl der vertikalen Informations- und Kooperationsabreden beeinflussen den internationalen Handel nicht.[179] Immerhin wird man über allfällige Versuche einer Einwirkung auf Preise oder Verkaufsgebiete wachen müssen.[180] Ihrer Akzessorietät zu den betreffenden Warenlaufbindungen wegen[181] fallen die Pflicht zur Überwachung des Distributionskanals[182] sowie ein die freie Ausfuhr behinderndes Auskunftsrecht unter Art. 85 Abs. 1.[183] Sie verstärken die von den Hauptvereinbarungen geschaffene künstliche Organisation des zwischenstaatlichen Handels.

179 Dies gilt z.B. für die Werbehilfezusage des Herstellers, für Erfahrungsaustausch- und Aufklärungsbindungen, für Marktbeobachtungs- und Marktforschungspflichten sowie – unter dem Vorbehalt faktischer Bezugsausschliesslichkeit – für Vorausdispositionsklauseln. (Vergl. vorn 175 f.).

180 Vergl. den Vermerk der Kommission in den Entscheiden SABA 26 f. und Junghans 14.

181 Ausführlicher darüber vorn 176.

182 Ebenso SABA 26; mit anderem Ergebnis – hinsichtlich der Akzessorietät aber folgerichtig – Junghans 14 und Metro 1908 f.

183 Vergl. auch GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 183.

## § 7 Freistellungsvoraussetzungen

### I. Die Freistellungsvoraussetzungen im allgemeinen

#### 1. Funktion und wettbewerbspolitischer Gehalt der Freistellungsklausel

Die Tatsache, dass in Art. 85 dem Kartellverbot ein Wiedererwägungsvorbehalt angefügt ist, nötigt vorerst zur Frage nach der kartellpolitischen Tragweite einer solchen Freistellungsklausel. Ihre Funktion im Rahmen des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts prägt in massgeblicher Weise die Tatbestandsexegese. Feststeht, dass Art. 85 Abs. 3 "opportune" Konkurrenzstörungen (in einem vorläufig nicht näher bestimmten Sinn) zulassen will, sonach "eine Gesetz gewordene" *Rule of Reason* ist.[1] Welche Rechtfertigungsgründe im einzelnen einfliessen dürfen, entscheidet die dogmatische Ortung der Korrekturregel. Wie erinnerlich, stehen sich nach geläufiger Klassifikation eine wettbewerbstheoretische und eine wirtschaftspolitische Rule gegenüber.[2] In der Auseinandersetzung des Normelements der "Wettbewerbsbeschränkung" wurde dargetan, dass der formal ausgestaltete Tatbestand des Abs. 1 (ausserhalb der quantitativen De-minimis-Schwelle) keinerlei Vernünftigkeitserwägungen zulässt.[3] Weil aber jedes moderne Kartellrecht die Berichtigung von Verbotsverdikten bei Alternativenverbesserung für die Marktgegenseite offenhalten muss, ist die dort ausgelassene Saldierung im Rahmen des materiellen Wettbewerbsbeschränkungsbegriffs in Abs. 3 nachzuholen. Die

1 GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 118 ;vergl. auch (teils unter ausdrücklicher Ablehnung des amerikanischen Rule-Konzeptes) DERINGER, Kommentar, Rn. 22 zu Art. 85 Abs. 3, MAILÄNDER, AVV, 839, BELKE, Relevanter Markt, 263, BEIER 86, HAGENAUER 147.

2 Näheres – mit Fundstellen – vorn 124.

3 Vergl. vorn 124 f.

Freistellungsklausel steht sonach mit Gewissheit (wenigstens) unter einer *wettbewerbstheoretischen* Rule of Reason.[4]

Hiermit ist nichts darüber ausgesagt, ob sie auch (und zusätzlich) eine *wirtschaftspolitische* Vernunftregel einschliesse. Die Konsultation der Lehre zur Frage zeigt auf: Ein Teil bekennt sich zwar zu einer Rule-Doktrin, ohne indessen deren Gehalt näher auszugrenzen.[5] Die differenzierten Stellungnahmen gehen allesamt von einer (wirtschafts-)politischen Wiedererwägungsordnung aus.[6] Dieser einhelligen Überzeugung stellt sich lediglich BALDI entgegen. Nach eingehenden Studien über die allgemeine Wettbewerbstheorie, nach Untersuchung des Verbotsnormgehaltes und nach Ausleuchtung des formellen und materiellen Freistellungsrechts gelangt er zur Schlussfolgerung, Abs. 3 sei als ausschliesslich wettbewerbstheoretische Vernunftregel zu begreifen.[7] Die Praxis der Kommission selber ist nicht schlüssig:

4 Dies kann nur anzweifeln, wer die betreffenden *qualitativen Korrekturen* bereits in *Abs. 1* vollziehen will. Dann wird Abs. 3 zwangsläufig zu einer ausschliesslich wirtschaftspolitischen Vernunftregel. (So z.B. SCHLUEP, AVV I, 153 f. sowie 162 f. und WILLEMSEN 257).

5 Vergl. insb. die in Fn. 1 aufgeführten Autoren.

6 PATRICELLI 41 f., JOLIET 59 f. und 109 f., JACQUEMIN, Criterion, 223 f., WILLEMSEN 245 und 257, PRÖBSTING 170, HAYMANN 141 und SCHLUEP, AVV I, 162. – Aufschlussreich für den Fortgang der Argumentationsführung ist die Begründung von JOLIET: Nach ihm stellt Abs. 3 eine Kodifizierung der Erkenntnis in Europa dar, dass womöglich eine Kartellierung dem Gesamtinteresse förderlicher sei als das Spiel freier Konkurrenz.

7 BALDIs in beeindruckender Dichte vorgetragene Deduktion kann an dieser Stelle nur schwerpunktmässig nachgezeichnet werden. In *wettbewerbstheoretischer* Hinsicht äussert er zunächst grundsätzliche *Bedenken* gegen eine kartellrechtliche Verankerung der *wirtschaftspolitischen Rule of Reason*. Die ihr zugrundeliegende Gesamtinteressengewichtung lasse sich kaum gesetzlich antizipieren, gefährde die Rechtssicherheit und schiebe den Richter in eine "hybride" Rolle. (124 f., insb. 126 f.) Im EWG-kartellrechtlichen Teil wird vorab der Verbotstatbestand untersucht und ausschliesslich nach formalisierten Gesichtspunkten ausgezogen. (191 f.) Danach folgert der Autor schlüssig, dass die qualitativ-materielle Alternativenbeurteilung (als minimaler Prüfsachverhalt) in Abs. 3 zu vollziehen sei. (226 f.) In diesem (vorläufigen) Erkenntnisstand sieht er sich bestätigt durch die formelle Anmeldepflicht, die nach einer weiten Fassung der Verbotsnorm und einer Verlagerung des kartellpolitischen Schwergewichts auf die Freistellungsklausel rufe. (274 f.) Den alles entscheidenden *Ausschluss wirtschaftspolitischer Argumente* stützt er alsdann auf zwei verfahrensrechtliche Eigenheiten ab, nämlich auf das umfassende Nachprü-

Veranschlagt man den unscharfen Trennstrich zwischen wirtschaftspolitischer und wettbewerbstheoretischer Rechtfertigung[8], lassen sich die von ihr zugelassenen Befreiungsgründe[9] kaum zu einem eindeutigen Rule-Konzept verdichten. Dagegen hat der Gerichtshof unlängst im Geiste einer wirtschaftspolitischen Rule of Reason judiziert, indem er die Arbeitsplatzsicherung als positiven Bilanzposten einer Kartellordnung wertete.[10]

Für die grundsätzliche Diskussion von Kartellbefreiungsklauseln muss auf die *Zielformeln des Kartellrechts* zurückgegriffen werden. Auszugehen ist vom *wirtschaftsrechtlichen Ansatz*, der den Präferenzentscheid zugunsten des Wettbewerbs bekanntlich damit untermauert, dass dieser (im Hauptfall) die Koordinationsfrage besser und gerechter meistere.[11] Dessen rechtspolitische Legitimation entfällt, sobald andere Steuerungsbefehle – insb. die Kartellierung – vorteilhaftere Ergebnisse zeitigen. Wettbewerbspolitik wird damit zur Instrumentalvariablen einer umfassenden (auf Gemeinwohlverwirklichung angelegten) Wirtschaftspolitik. Diese Einzirkelung des selbständigen Schutzgutes "Wettbewerb" macht klar, unter welchem Gesichtswinkel man Rechtfertigungsvorbringen für private Marktordnungen zu würdigen hat. Massgeblich ist nicht allein die Bereicherung der Marktgegneralternativen im Sinne wettbewerbstheoretischer Billigkeit, sondern *jede Verbesserung der*

fungsrecht des Gerichtshofes und auf die gruppenweise Freistellung von Kartellabsprachen. (278 f., 283 f.) Den auf diese Weise gewonnenen Befund verifiziert er anhand der Spruchpraxis der Kommission (326 f.) und anhand einer abschliessenden Interpretation der einzelnen Tatbestandsmerkmale von Abs. 3. (399 f.).

8 Dazu auch BALDI 124 f.

9 Vergl. insb. die Übersicht über die unter dem Titel der Produktions- und Distributionsverbesserung gebilligten Vorzüge von Wettbewerbsbeschränkungen hinten 232.

10 Metro-Urteil 1915. – Niemand wird bestreiten wollen, dass ein im Rahmen eines kartellrechtlichen Wiedererwägungsentscheides gewichtetes *Beschäftigungsargument* ein klar wirtschaftspolitisches Verständnis der Spruchbehörde anzeigt. (Zur Vollbeschäftigung als wirtschaftpolitisches Ziel z.B. GÄFGEN 28 f., KNESCHAUREK 126 f., WOLL 56 f. und SIEBER, Ziele, 156 f.).

11 Vergl. vorn 25 Fn. 3.

*gesamtwirtschaftlichen Bedürfnisbefriedigung.* Dies heisst aber – auf den Inhalt der Rule of Reason umgedeutet – dass in diese ebenfalls *wirtschaftpolitische* Vernünftigkeitserwägungen eingehen dürfen (und müssen).

Gerade gegen diese kartellpolitische Grundlegung lehnt sich BALDI auf. Er fürchtet bei einer umfassenden Gesamtschau um die Rechtssicherheit und bemängelt die alsdann sachwidrige politische Rolle des Richters.[12] Nun wird man den Einwand einer "Verpolitisierung" des Konkurrenzsystems als solchen kaum entkräften können. Doch ist zu bedenken, dass dieses "gerade wegen seiner (die ökonomische Perspektive sprengenden) politischen Wirkungen einer *politischen Kontrolle* unterzogen, somit auf eine Gesamtwohlrelevanz hin überprüft werden muss."[13] Wie jedes Werk aus menschlicher Hand verbürgt auch der Wettbewerb als wirtschaftliche Koordinationsordnung keinen "Gesamtwohlautomatismus", sondern bedarf kritischer Nachprüfung, ob nicht – wider allen Erwartens – eine systemfremde Lenkung Vorteilhafteres zu vollbringen vermöge. Der von BALDI propagierten wettbewerbstheoretischen Rule of Reason ist vor allem anzulasten, dass sie in der Ausmessung von *Einzelinteressen* stecken bleibt. Er unterstellt damit einen Wertungseinklang zwischen (aus der Sicht der Marktgegenseite definierter) Konkurrenzfreiheit und Optimalergebnissen.[14] Wie bei der Erläuterung der EWG-kartellrechtlichen Zielformeln nachgewiesen wurde, garantieren nun aber in Ungebundenheit ausgeschöpfte Einzelinteressen nicht zwingend das (auch) gesamtwirtschaftlich Beste.[15]

Nach diesen Darlegungen bleibt noch immer der Vorbehalt BALDIs im Raum, eine wettbewerbstheoretische Rule schliesse

12 BALDI 126 f.; zum Vorwurf eines interventionistischen Kartellrechts auch HOPPMANN, Bedeutung, 12 f.

13 SCHLUEP, Wettbewerbspolitik, 105; vergl. auch ders., Allgemeines Wirtschaftsrecht, 583 f.

14 "Die kartellrechtlich angestrebte Gesamtordnung (im wirtschaftlichen wie im allgemein gesellschaftlichen Sinn) soll sich aus der richtigen Abwägung der im Einzelfall involvierten Individualinteressen ergeben." (BALDI 125).

15 Vergl. vorn 26 f.

eine (zusätzliche) wirtschaftspolitische grundsätzlich aus. Eine solche Kumulation schaffe nämlich unauflösbare *Antinomien und Zielkonflikte.*[16] Wer indessen als oberste Zielprämisse der Wirtschaftspolitik die Erzeugung von Wohlstand und Wohlfahrt[17] – und eben nicht (mehr)[18] die Sicherung von Wirtschaftsfreiheit – anerkennt, wird auch dem widersprechen müssen. Die Tatsache allein, dass die instrumentale Einfassung der Konkurrenzfreiheit Zielkonflikte auslöst, ändert nichts an der für richtig befundenen Zielhierarchie. Jeder Vollzug von Wirtschaftspolitik ist mit Widersprüchen und Konflikten zwischen den subalternen Zielen verbunden.[19]

In *Zusammenfassung* des ausgeführten Gedankenganges gelangt man zu der für den Fortgang der Untersuchung entscheidenden Folgerung, dass unter wirtschaftsrechtlichem Aspekt eine Kartellbefreiungsnorm die umfassende Saldobilanz der in Gemeinwohlsicht erheblichen Vor- und Nachteile von Konkurrenzbeschränkungen zu erstellen habe. Dies gilt – in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre[20] und der Gerichtshofmeinung – ebenfalls für die Freistellungsklausel von Art. 85 Abs. 3, da das Europakartellrecht auch unter einer institutionellen Zielformel steht.[21] Man mag angesichts der supranationalen Rechtsgrundlage

16 Vergl. BALDI 130. Hiebei bezieht er sich – wie in seinen gesamten wettbewerbspolitischen Grundlegungen – vor allem auf die Schriften HOPPMANNS. (Vergl. 85 f., insb. 94).

17 Vergl. etwa KNESCHAUREK 126, GÄFGEN 14 und SIEBER, Ziele, 160 f. (mit der Sonderung zwischen Wohlstand und Wohlfahrt).

18 Zum Sturz der Wirtschaftsfreiheit als (früher unbestrittenes) oberstes Ziel der Wirtschaftspolitik z.B. KNESCHAUREK 132 f.

19 Vergl. – in grundsätzlicher Sicht – statt aller WITTMANN W., Ziele und Zielkonflikte in der schweizerischen Wirtschaftspolitik, WuR 1975, 143 f.

20 Eine ausschliesslich wettbewerbstheoretische Vorlage lehnt – neben den bereits aufgeführten Autoren – auch SCHEUFELE (Selektive Distribution, 12) ab.

21 Vergl. vorn 31 f.

dann nicht von einer gemein wirtschaftspolitischen, sondern von einer *"vertrags"- oder "gemeinschaftspolitischen" Rule of Reason* sprechen.[22] [23]

## 2. Grundzüge der EWG-Freistellungsordnung

Nach dieser Erläuterung der wettbewerbspolitischen Funktion sind zum besseren Verständnis einige Grundzüge der EWG-Freistellungsordnung aufzuzeichnen:

22 WILLEMSEN 257, SCHLUEP, AVV, 163.

23 Daran ändert auch die Verfahrensgestaltung des EWG-Kartellrechts nichts. BALDI aber will seine These von der wettbewerbstheoretischen Konzeption mit zwei formell-rechtlichen Besonderheiten erhärten. Zum einen verweist er auf das *unbeschränkte Überprüfungsrecht des Gerichtshofes.* Nach seiner Auffassung würden Urteile unter einer politischen Rule of Reason "eigentliche Ermessensakte mit dem Kennzeichen darstellen, dass die in ihnen zum Ausdruck kommenden subjektiven Wertungen richterlicher Nachprüfung nicht fähig wären ..." (278) Zwar ist zuzugeben, dass ein um gesamtwirtschaftliche Aspekte geweiteter Bewertungsspielraum dem Richter besondere Sachkunde abverlangt. Revisionsuntauglich werden solche Entscheidmotive darob gleichwohl nicht. (Vergl. zum Problem – im Zusammenhang mit dem Lauterkeitsrecht – auch BAUDENBACHER 147) Es ist im Wirtschaftsverwaltungsrecht durchaus geläufig, Gerichtsbehörden (auch in Mehrinstanzverfahren) über wirtschaftspolitisch gegründete Sachverhalte judizieren zu lassen. Zum Beleg sei beispielsweise das schweizerische Kartellzivilrecht aufgeführt, nach dem der Richter (aufgrund von Art. 5 KG) eine rechts-, gewerbe-, struktur- und aussenhandelspolitische Rule zu handhaben hat. (Vergl. – mit Hinweisen auf die gebotene Abwägung im Rahmen des Gesamtinteresses – SCHLUEP, Markenschutzgesetz, 396, ders., Allgemeines Wirtschaftsrecht, 596 f., ders., Rule of Reason, 70, MERZ, Kartellgesetz, 49, SPOENDLIN 22, GREMINGER 107, MATTMANN 58 f., MICHELI 39 f.) – Gleichfalls schlägt eine zwingende Verknüpfung von *Gruppenfreistellung* und wettbewerbstheoretischer Vernunftregel nicht durch. Nach BALDI wäre "eine politisch motivierte gesetzliche Kartellgenehmigungsmöglichkeit generalisiert anzuwenden... in sich widersprüchlich, weil der Ausdruck 'politisch' gerade besagen will, dass sich nur im Einzelfall bestimmen lässt, was dem komplexen Wert des Gesamtinteresses dienlich ist oder nicht." (283) Dem ist entgegenzuhalten, dass hier die politische "Einzelfallgerechtigkeit" ersetzt wird durch einen ebenso politischen Entscheid von Rat und Kommission über die Gruppenfreistellungswürdigkeit beim Erlass der generell-abstrakten Norm, gebaut auf die Erfahrungstatsache, dass beim in Rede stehenden Wettbewerbsbeschränkungstypus allermeistens in der gesamtwirtschaftlichen Interessenabwägung die positiven Bilanzposten überwiegen. Mithin handelt es sich um nichts anderes als um eine antizipierte Gemeinwohlprüfung. Im übrigen steht der Kommission in allen Fällen eine (kasuistische) Entzugsentscheidung offen. (Vergl. hinten 224).

a) Mit Blick auf die *Rechtsnatur* kann sie prinzipiell als Vorbehalt kartellbehördlicher Erlaubnis charakterisiert werden.[24] Berücksichtigt man allerdings die Aufschiebung der Sanktionierbarkeit bei Anmeldung und die Wirkung ex tunc des Freistellungsverdikts ist mit Vorzug von einem "System der Genehmigungs- resp. Anmeldebedürftigkeit" die Rede.[25] Art. 85 Abs. 3 begründet – trotz missverständlichem Vertragstext[26] – einen Rechtsanspruch, stellt sonach keine Ermessensvorschrift dar.[27] [28]

b) *Verfahrensrechtlich* ist in erster Linie die ausschliessliche Zuständigkeit der Kommission herauszustellen.[29] Deren Entscheid kann (nach Art. 173) vor den Gerichtshof getragen werden.[30] Eine Genehmigung erlangt nur, wer die verbotene Kartellabrede anmeldet.[31] Im ganzen Verfahren regiert Offizialmaxime[32], besteht

24 So – in Ablehnung einer Legalausnahme – die h.M.: Vergl. GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 161, dies., EWG-Kartellrecht, 267 f., BLECKMANN 306, SCHLIEDER, Anwendung, 308, IPSEN 625, MAILÄNDER, Kommentar, 230, KLEEMANN, Wettbewerbsregeln, 49, DROSTE 1939.

25 BALDI 247 f.; den "unreinen" Kompromisscharakter betonen auch ENGELS 333, SCHWANKE 191, KÖNIG 101, DERINGER, Durchführungsverordnung, 84 f., ders., Kommentar, Rn. 12 zu Art. 85 Abs. 3, AXTER, Vorschrift, 150.

26 "Können".

27 H.M.: VON GAMM 62, IPSEN 626, AXTER, Vorschrift, 150 f., MAILÄNDER, Kommentar, 230, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 270, dies., Kartellrecht, 125, DERINGER, Kommentar, Rn. 4 zu Art. 85 Abs. 3; so ausdrücklich auch Grundig/Consten 399.

28 Trotzdem verbleibt den Spruchbehörden bei der Konkretisierung der ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe noch ein beträchtlicher Bewertungsfreiraum. (Dazu vor allem AXTER, Vorschrift, 150) – Vergl. auch die Übersicht über die einzelnen Normelemente von Art. 85 Abs. 3 hinten 229 f.

29 Art. 9 Abs. 1 Vo 17.

30 Und zwar sowohl bei verweigerter wie bei zugestandener Freistellung. (Zum letzteren insb. Metro 1900 f.).

31 Einzelheiten in Art. 4 und 5 Vo 17. – Hievon sind vor allem die unter Gruppenfreistellung stehenden Absprachen ausgenommen. (Vergl. hinten 224).

32 Dies ist verfahrensmässiger Ausdruck des *wirtschaftsrechtlichen Ansatzes:* Ob der Wettbewerb oder dessen Beschränkung günstigere Ergebnisse bewirke, ist (als wirt-

sonach keine eigentliche Beweislastzuteilung.[33] Die Kommission kann ihren Freistellungsentscheid mit Bedingungen und Auflagen verknüpfen.[34] Damit wird ihr ein Mittel zur Steuerung der künftigen Entwicklung der Kartellordnung in die Hände gelegt.[35] Der Inhalt ist – abgesehen vom Gebot der Zielkonformität[36] – nicht vorbestimmt.[37] Bei nachträglichen Änderungen im Sachverhalt, bei verletzten Auflagen, bei Bewertungsirrtümern usw. können günstige Erklärungen widerrufen werden.[38] Jede Genehmigung wird befristet ;Erneuerung ist jederzeit möglich.[39]

schaftspolitisches Bewertungsthema) von Amtes wegen festzustellen. Welches Koordinationssystem durchschlage, darf nicht von der prozessualen Kunstfertigkeit der Beteiligten abhängen.

33 Die Kommission befindet über die Anwendung von Art. 85 in seiner Gesamtheit. Die Freistellungsvoraussetzungen sind demnach nicht von den Parteien darzutun. Auch herrscht keine Maxime *"in dubio pro interdicto"*. (So konstante Praxis seit Grundig/Consten 395 ;gl.M. SKAUPY 571, HIRSCH 649, MAILÄNDER, Kommentar, 229, BALDI 257 f., GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 271 und DERINGER, Kommentar, Rn. 5 zu Art. 85 Abs. 3 ;anders SCHLIEDER, Anwendung, 308, GREIFFENHAGEN 119 f.).

34 Art. 8 Abs. 1 Vo 17.

35 Es soll die wegen des prognostischen Charakters jedem Freistellungsentscheid inhärenten Fehlerquellen verkleinern. (Vergl. GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 299).

36 Bedingungen dürfen keine den (räumlichen oder sachlichen) Anwendungsbereich von Art. 85 überdehnende Ziele anstreben. (Dazu insb. MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 517 f.).

37 Für die Überwachung selektiver Vertriebssysteme stehen im Vordergrund Berichtspflichten über:
- Abweisung bezugswilliger Nachfrager
- Kündigung bestehender Vertragshandelsbindungen
- Änderungen im Vertragswerk
- Verweigerungen der Zustimmung zum Vertrieb von Konkurrenzerzeugnissen
- Einsichtnahmen in die Unterlagen betreffend Vertriebswegekontrolle der Händler

(Vergl. die Entscheide BMW 10, Omega 30, SABA 30).

38 Art. 8 Abs. 3 Vo 17 ;Einzelheiten bei DERINGER, Kommentar, Rn. 4 f. zu Art. 8 Vo 17, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 520 f., GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 463 f.

c) Für den in mannigfaltigen Formen praktizierten *Selektivvertrieb* ist im besonderen die wettbewerbsbeschränkungstypologische Indifferenz der Freistellungsordnung von Belang. Es gibt keine per se genehmigungsunfähige Absprachen.[40] Jede Spielart der Vertikalintervention kann Art. 85 Abs. 3 unterfallen, sofern sie dessen Voraussetzungen erfüllt. Nicht möglich ist dagegen Teilfreistellung. Besteht nur ein Bestandteil des Vertragswerkes den Rechtfertigungstest nicht, wird ein umfassender Verbotsentscheid gefällt.[41] In der Praxis freilich beanstandet die Kommission regelmässig die verdächtige Klausel vor dem formellen Verfahrensabschluss und legitimiert – nach deren Aufgabe – die übrigen.[42] Bei netzweiten Vertriebsregelungen genügt die Freistellung eines einzelnen Individualvertrages. Diese strahlt auf die Parallelabmachungen aus.[43] Auch braucht nur ein einziges Muster angemeldet zu werden.[44]

## 3. Gruppenfreistellungen, insb. Vo 67/67

a) Art. 85 Abs. 3 sieht ausdrücklich einen Freispruch über *"Gruppen"* von Vereinbarungen vor. Damit können *in typolo-*

39 Art. 8 Abs. 1 und 2 Vo 17. – In den "leading cases" zum Selektivvertrieb hat die Kommission die Freistellung wie folgt begrenzt: BMW: 5 Jahre; Junghans: 6 Jahre; SABA: 6 Jahre; Omega: 7 Jahre.

40 GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 160, dies., EWG-Kartellrecht, 268, BALDI 288 f., VON GAMM 65, DERINGER, Kommentar, Rn. 21 zu Art. 85 Abs. 3, SKAUPY 560.

41 Vergl. GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 303.

42 Vergl. Du Pont 27, Kodak 24, BMW 4, Dior und Lancôme 71, Omega 28 f., Junghans 12 f., SABA 24, Agfa-Gevaert 67 f., Sperry Rand 42.

43 So insb. das Urteil Rochas 523; gl.M. auch MAILÄNDER, Kommentar, 231 und MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 269 f.

44 Vergl. Ziff II/1 b des Formblattes A/B gemäss Vo 27.

*gischer Hinsicht*[45] Kartellpraktiken bestimmt werden, die ohne Individualprüfung vom Verbot des Abs. 1 entbunden sind. Der Genehmigungseffekt beschlägt sämtliche Wettbewerbsbeschränkungen, die die in der generell-abstrakten Norm[46] genannten Merkmale aufweisen.[47] Stellt die Kommission aber mit der noch immer gültigen Referenznorm von Abs. 3 unverträgliche Auswirkungen fest, kann sie die Vorzüge der Generalausnahme durch individuell-konkreten Verwaltungsakt entziehen.[48] Die (primäre) Zuständigkeit zur Anordnung von Gruppenfreistellungen liegt beim Rat.[48a] Er hat bis anhin die Kommission zum Erlass von Durchführungsbestimmungen über Alleinvertriebsverträge, gewerbliche Schutzrechte, Normen- und Typenkartelle, Forschungs- und Entwicklungskooperation sowie Spezialisierungsvereinbarungen ermächtigt.[49] Ausgeschöpft wurden erst die Rechtsetzungsbefugnisse für Alleinvertriebs- und Spezialisierungsabreden.[50]

45 Dass der Terminus "Gruppe" bestimmte Typen von Wettbewerbsbeschränkungen und nicht bloss netzweite Vertikalintervention (Musterverträge) meint, ist nach der Erstellung der ersten Ausführungsordnungen notorisch. (Dafür seit Anbeginn die h.M.: SÖLTER, Ausnahmevorschrift, 676 f., DERINGER, Gruppenfreistellungen, 1105, ders., Kommentar, Rn. 17 zu Art. 85 Abs. 3, WOHLFARTH/EVERLING/GLAESNER/SPRUNG 248, VON GAMM 67, AXTER, Vorschrift, 152, BALDI 280, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 163 f., dies., EWG-Kartellrecht, 269).

46 Gruppenfreistellungen stellen rechtssystematisch keine Entscheide, sondern Verordnungen im Sinne von Art. 189 Abs. 2 dar. (MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 309, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 270).

47 Sie entfalten (ohne Anmeldung) volle Gültigkeit. (DERINGER, Kommentar, Rn. 19 zu Art. 85 Abs. 3, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 310).

48 Art. 7 Vo 19. – Näheres zum Entzugsentscheid bei KIRSCHSTEIN, EWG-Verordnung, 367 f. und MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 311.

48a Die Kompetenzaufsplitterung zwischen Rat und Kommission war und ist allerdings nicht unbestritten. (Vergl. zur Kontroverse BECKER, Vertical Agreements, 91 f., GLEISS/HOOTZ, Gruppenfreistellungen, 230 f., MAILÄNDER, Kommentar, 239 f., ders., Exemption, 5 f., DERINGER, Gruppenfreistellungen, 1105, KIRSCHSTEIN, EWG-Verordnung, 361 f.; ausführlich insb. KAISER 9 f.).

49 Vo Nr. 19/65 (ABl. 1965, 533) und Vo Nr. 2821/71 (ABl. 1971, L 285, 46).

50 Vo Nr. 67/67, ABl. 1967, 849 (verlängert durch Vo Nr. 2591/72, ABl. 1972, L 276, 15) – Vo Nr. 2779/72, ABl. 1972, L 292, 23 (verlängert und verändert durch Vo Nr. 2903/77, ABl. 1977, L 388, 14). – Neuerdings liegt nun auch ein Kommissionsentwurf über die gruppenweise Freistellung von Patentlizenzvereinbarungen vor. (Vergl. GRUR Ausl. 1979, 208 f.).

b) Im Kontext muss natürlich besonders die *Gruppenfreistellungsordnung des Alleinvertriebsvertrages* interessieren. Obwohl der Selektivabsatz selber der *Vo 67/67* nicht unterfällt,[51] ist eine knappe Übersicht angezeigt. Denn die Regeln schlüsseln ein allgemeingültiges wettbewerbspolitisches Urteil der Kommission über die von ihnen erfassten Formen der vertikalen Intervention auf.[52]

In erster Linie freigestellt sind (ein- oder wechselseitige[53]) *Ausschliesslichkeiten im Absatz resp. Bezug.* Dem Wortlaut nach unterstehen der Verordnung nur Absatzbindungen "zum Zwecke des Weiterverkaufs innerhalb eines abgegrenzten Gebietes des Gemeinsamen Marktes",[54] will heissen der Alleinvertrieb für einen oder mehrere Mitgliedstaaten.[55] Nach neuerer Rechtsprechung (contra legem)[56] erfasst sie indessen auch Inlandsachverhalte.[57] Unklar ist die Bestimmung über Bezugsexklusivitäten, die in gegenständlicher Hinsicht lediglich von "bestimmte(n) Waren"[58] redet.

51 Vergl. hinten 243 f.

52 Vergl. Junghans 15.

53 Zur reziproken Exklusivität Art. 1 Abs. 1 lit. c.

54 Art. 1 Abs. 1 lit. a.

55 Ausserhalb des Geltungsbereichs bleiben Alleinvertrieb für Drittstaaten (GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 175, VON DER GROEBEN, Handbuch, 102, STUMPF/LÖSCH 27, MAILÄNDER, Kommentar, 244, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 336) sowie für den Gemeinsamen Markt als einheitliches Vertragsgebiet. (FRIGNANI 367, SPORMANN, Konturen, 133, ders., Europäischer Alleinvertrieb, 52, GRAUEL 482, EBEL 82, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 335, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 175, NIEDERLEITHINGER, Gruppenfreistellungsverordnung, 200, REINHART, Vertikale Verträge, 191, VON DER GROEBEN, Handbuch, 102).

56 Art. 1 Abs. 2 nimmt ausdrücklich zwischen nationalitätsgleichen Kontrahenten für den Binnenabsatz getroffene Vereinbarungen aus.

57 Urteile Roubaix/Roux 118 f. (für Absatzbindungen) und Concordia 91 f. (für Bezugsbindungen).

58 Art. 1 Abs. 1 lit. b.

In richtiger Auslegung kann damit nur die Bezugsbindung für (konkurrenzierende)[59] Fremderzeugnisse[60] gemeint sein.

Neben diesen Warenlauf- sind auch eine Reihe von *Angebotsgestaltungsabreden* von einer Einzelfallrechtfertigung dispensiert. Wettbewerbspolitisch beachtlich ist vor allem der Einbezug des Konkurrenzverbots (des Händlers).[61] Weiter billigt die Verordnung (unabhängig von der Höhe der geforderten Quoten) Mindestabnahmepflichten.[62] Befreit sind ebenfalls Warenzeichenklauseln[63] und Akquisitionsverbote.[64] Schliesslich führt die Verordnung eine Anzahl von Marketing-Bindungen auf, "insbesondere"[65] solche

59 Über die Bezugsbindung für Nichtkonkurrenzprodukte vergl. die Ausführungen in Fn. 61.

60 So auch SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 52. – Die Pflicht zum Direktbezug von Vertragswaren kann (als Gebietsschutzsurrogat) nie einer Gruppenfreistellung zugänglich sein.

61 Art. 2 Abs. 1 lit. a. – Die Vorschrift enthält keinen Freipass für ein generelles Verbot anderweitiger Unternehmenstätigkeit des Händlers. (Richtig MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 311 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 184; a.M. wohl NIEDERLEITHINGER, Gruppenfreistellungsverordnung, 200) Sie schliesst namentlich eine Sperrpflicht für nicht-konkurrenzierende Erzeugnisse aus. (Ebenso GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 184 f.) – Fraglich bleibt das rechtliche Schicksal der *herstellerischen Konkurrenzklausel.* Geht man davon aus, dass zusätzliche Bindungen des Produzenten die Gruppenfreistellungsfähigkeit nicht berühren (vergl. unten 227), ist sie im Rahmen von Vo 67/67 zuzulassen. (Missverständlich GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 173; zur Einzelfreistellung hinten 316).

62 Art. 2 Abs. 2 lit. a. – Auf die Höhe der Bezugsmengen nicht abzustellen ist – nach der Vo 67/67 – in der Sache deshalb kartellpolitisch konsequent, weil die Bezugsbindungen für Fremdwaren, die durch Mindestabnahmeklauseln allenfalls sich ersetzen lassen, auch in der Gruppe genehmigt sind. (Anders aber hinten 316 f.).

63 Art. 2 Abs. 2 lit. b.

64 Art. 2 Abs. 1 lit. b.

65 Die Aufzählung der "vertriebsfördernde(n) Massnahmen" ist exemplifikatorisch. (So mit Nachdruck SPORMANN, Gruppenfreistellung, 177, ders., Europäischer Alleinvertrieb, 53, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 196 und STUMPF/LÖSCH 28).

bezüglich Sortiment[66], Warenausstattung[67], Werbung[68], Netzaufbau[69], Lagerhaltung[70], Kundendienst- bzw. Garantieleistungen[71] und Personal[72]. Hiebei wird man als "vertriebsfördernde Massnahmen" auch ergänzende Informations- und Berichtspflichten mitverstehen dürfen.[73]

Die Vo 67/67 enthält einen *numerus clausus* der tolerierten Händlerbindungen.[74] Dagegen darf der Hersteller auch andere (ungenannte) Verpflichtungen eingehen.[75] Grundbedingung der Gruppenfreistellung ist ein unbehinderter netzinterner Warenaus-

66 Pflicht "vollständige Sortimente...abzunehmen". (Art. 2 Abs. 2 lit. a) Davon betroffen ist nur ein enger in sich geschlossener Sortimentsverbund. Für *Kopplungsgeschäfte* bleibt in jedem Falle das ordentliche Einzelfreistellungsverfahren zuständig. (So auch STUMPF/LÖSCH 28, SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 52 f., ders., Gruppenfreistellung, 176 f. und ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 196).

67 Art. 2 Abs. 2 lit. b.

68 Art. 2 Abs. 2 lit. c.

69 Art. 2 Abs. 2 lit. c. – Berücksichtigt sind nur Weisungen über den Aufbau, nicht aber über die Zusammensetzung der Absatzorganisation. (Vergl. hinten 244).

70 Art. 2 Abs. 2 lit. c. – Die Bestimmung gilt für qualitative wie für quantitative Vorschriften über die Vorrathaltung. Wie bei den Mindestabnahmeklauseln ist die Höhe der geforderten Bestände ohne Belang. (Vergl. Fn. 62).

71 Art. 2 Abs. 2 lit. c. – Es dürfen detaillierte Verhaltensmassregeln über die Kundenbetreuung ergehen, soweit nichts vom Einkaufsort abhängig gemacht ist. (Zutreffend GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 188).

72 Besetzung der Vertriebsstelle mit "fachlich oder technisch geschulte(m) Personal". (Art. 2 Abs. 2 lit. c) Einer extensiven Interpretation durch Einschluss von Ausbildungspflichten steht nichts entgegen. (Gl.M. GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 189).

73 GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 187 und ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 196.

74 So auch die einhellige Lehre: NIEDERLEITHINGER, Gruppenfreistellungsverordnung, 200, MAILÄNDER, Kommentar, 244, STUMPF/LÖSCH 27, SPORMANN, Gruppenfreistellung, 176, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 173, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 333.

75 Art. 2 Abs. 1 Einleitungssatz e contrario. (Ebenso GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 173).

tausch über die Grenze.[76] Die Vorzüge der Generalbefreiung kann die Kommission aufgrund von Art. 6 jederzeit aberkennen. *Entzugsgründe* sind namentlich[77] ein lahmgelegter Inter-brand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt[78] und ein den Konkurrenzherstellern unzugängliches Handelsstufengefüge.[79] Zurückgenommen wird das Freistellungsattest auch bei missbräuchlichem Absatzverhalten des Exklusivhändlers, in Sonderheit, wenn dieser kraft seiner Monopolstellung Kundengruppen ohne Alternativbezugsgelegenheiten grundlos diskriminiert oder ein unverhältnismässig hohes Preisniveau der Vertragswaren sich einspielt.[80] [81]

76 "Die Freistellung muss von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht werden, insbesondere muss durch die Möglichkeit von Parallelimporten gewährleistet werden, dass die Verbraucher angemessen an den ... entstehenden Vorteilen beteiligt werden." (Einleitung zu Vo 67/67; vergl. auch Art. 3 lit. b, insb. Ziff. 2) – Zur Marktisolierung als absolute Schranke gruppenweiser Freistellung SPORMANN, Gruppenfreistellung, 177, ders., Europäischer Alleinvertrieb, 52, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 333, NIEDERLEITHINGER, Gruppenfreistellungsverordnung, 201 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 176 f.; kritisch MAILÄNDER, Exemption, 46.

77 Art. 6 Vo 67/67 nennt nur Beispiele von Entzugstatbeständen. Art. 7 Vo 19/65 bleibt als Generalklausel des Widerrufsrechts mit umfassender Missbrauchskontrolle vorbehalten.

78 Art. 6 lit. a.

79 Art. 6 lit. b.

80 Vergl. zu diesem Entzugsgrund auch MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 344, SPORMANN, Gruppenfreistellung, 178 und ders., Europäischer Alleinvertrieb, 53.

81 Derzeit berät die Kommission über eine *Novellierung der Vo 67/67*. Am 7. Februar 1978 hat sie einen entsprechenden *Entwurf* veröffentlicht. (ABl. 1978 Nr. C 31, 2 f.; vergl. auch 7. Wettbewerbsbericht 60 f.) Im Kontext sind insb. die folgenden Revisionsvorhaben von Belang: In Anpassung an die Gerichtshofpraxis sollen hinkünftig auch nationale Exklusivabsprachen vom Gruppenfreistellungserlass erfasst sein. Zugleich wird der sachliche Geltungsbereich auf Alleinbezugsverträge ausgedehnt. Kerngehalt der Änderungsvorschläge bildet fraglos die Erschwerung der Generalausnahme für ausschliessliche Warenlaufbindungen. So sollen der Verordnung nur noch Alleinvertriebsrechte für ein Vertragsgebiet von weniger als 100 Millionen Einwohner und Alleinbezugspflichten eines Herstellers mit einem maximalen Marktanteil von 15% unterfallen. Ausdrücklich vorgesehen ist überdies der Widerrufstatbestand bei übermässigen Marktzutrittsschranken infolge branchenweiter Bündelung.

## 4. Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 85 Abs. 3

Art. 85 Abs. 3 stellt (kumulativ)[82] vier Freistellungsvoraussetzungen auf: eine Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung resp. Förderung technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts und eine angemessene Verbraucherbeteiligung als positive, die Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung und die Nichtausschaltung wesentlichen Wettbewerbs als negative. Sie sind nachfolgend in den für unsere Belange massgeblichen Punkten zu erläutern.

### a) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, Förderung technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts

Dem Grundsatz nach ist in Verkehrswirtschaften freie Konkurrenz für Produktions- und Distributionsförderung sowie für technische Fortentwicklung besorgt. Das Freistellungsrecht behält aber immerhin die Möglichkeit offen, dass ausnahmsweise eine private Marktorganisation für die Bedürfnisbefriedigung Besseres zu leisten vermag. Allein wenn die Vorzüge des Wettbewerbs hinter denjenigen seiner Beschränkung zurückstehen, sind die Voraussetzungen des ersten Tatbestandselements erfüllt.[83] Hiermit ist bereits über die im Wiedererwägungsverfahren massgebende *Interessenlage* entschieden. Ob Vereinbarungen die Warenerzeugung und -verteilung verbessern oder ob sie den Fortschritt vorantreiben, kann nicht am individuellen Nutzen für die Beteiligten gemessen werden. Es ist ureigenst Ausdruck des wirtschaftspolitischen Rule-Gehaltes[84], dass einzelwirtschaftliche Interessen nur soweit von

82 So ausdrücklich Grundig/Consten 399; aus dem Schrifttum IPSEN 624, SKAUPY 560, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 314, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 273, DERINGER, Kommentar, Rn. 22 zu Art. 85 Abs. 3.

83 Vergl. auch Gerofabriek 12 und Bayer/Gist-Brocades 19 sowie SCHEUFELE, Verbraucherbeteiligung, 174 und MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 313.

84 Darüber vorn 216 f.

Belang sind, als sie in *gesamtwirtschaftliche* umschlagen.[85] Eine "subjektive Methode" der Vorteilsrechnung ist mithin abzulehnen.[86]

Den Kartellvorkehren wird objektive Eignung abverlangt, die in Aussicht genommene Verbesserung der Marktversorgung auch tatsächlich zu erreichen.[87] Vor allem aber muss diese unmittelbar auf die einzelne Wettbewerbsbeschränkung zurückgehen. Blosse Mitverantwortlichkeit im Rahmen der gesamten künstlichen Marktordnung genügt nicht.[88] Dies ist ersichtlich für das vertikale Wettbewerbsbeschränkungsrecht von eminenter Bedeutung. Über die verzweigten Vertriebssysteme darf *kein pauschales Kausalitätsattest* ausgestellt werden. Mithin ist jede konkurrenzschädliche Vertragsklausel einzeln auf ihren ursächlichen Beitrag zur Zielverwirklichung hin zu überprüfen.[89]

Entgegen dem engeren Wortlaut des Legaltextes wird das Rechtfertigungsverfahren als *umfassende Bilanzierung von gesamtwirtschaftlichen Vor- und Nachteilen* durchgespielt. Positive und

85 Gl.M. MAILÄNDER, Kommentar, 233, ders., AVV, 841, WILLEMSEN 224 und 229, BLECKMANN 306, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 313, SCHULTE-MÄTER 26, BELKE, Relevanter Markt, 281.

86 Vergl. Grundig/Consten 396 und Cobelpa/VNP 17. – A.M. GLEISS/HIRSCH (EWG-Kartellrecht, 276), welche die gesamtwirtschaftliche Korrektur erst anhand der "Verbraucherbeteiligung" vollziehen wollen.

87 Untaugliche Förderungsversuche oder blosse Heilsbringerabsicht genügen nicht. (Aus der Praxis – als Auswahl – Cimbel 36, Gerofabriek 11, Keramische Fliesen 22, Gas-Warmwasserbereiter 38, Pittsburgh Corning Europe 39, Shirdar/Phildar 29; gl.M. KLEEMANN, Wettbewerbsregeln, 51, SÖLTER, Ausnahmevorschrift, 680, DERINGER, Kommentar, Rn. 26 zu Art. 85 Abs. 3, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 313, BENEDICT 193, BALDI 294 f., GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 169, dies., EWG-Kartellrecht, 274 f.).

88 MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 316, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 279 sowie die Entscheide Bomee-Stichting 33, Cimbel 36 und Keramische Fliesen 21. – Weniger streng die ältere Lehre: Vergl. AXTER, Vorschrift, 156, SCHLUEP, AVV I, 95, MAILÄNDER, Kommentar, 233, IPSEN 624, DERINGER, Kommentar, Rn. 26 zu Art. 85 Abs. 3, SÖLTER, Ausnahmevorschrift, 680 und GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 167.

89 Diese Aufsplitterung des Gesamtvertrages hat daher nicht erst im Rahmen des Unerlässlichkeitstests zu erfolgen. (So aber SCHLUEP, AVV I, 95 und BALDI 293).

negative Auswirkungen von Kartellabsprachen sind einander gegenüberzustellen;[90] ein Freispruch kann nur erfolgen, wo in der Endabrechnung ein Aktivsaldo sich einstellt. Für die inhaltliche Konkretisierung dieses Wertungsvorganges hat man sich auf die Funktion von Art. 85 Abs. 3 als *wirtschaftspolitische Rule of Reason* zu besinnen. Die tatbeständlichen Voraussetzungen der Erzeugungs- und Absatzvorteile sind demnach weit auszulegen im Sinne eines globalen vertragspolitischen Gemeinwohlprüfungsthemas.[91] Mithin genügt "jeder objektive Beitrag zur Erreichung der wirtschaftlich orientierten Gemeinschaftsziele und zum besseren Einsatz des vertraglich vorgesehenen Instrumentes eines Gemeinsamen Marktes."[92] [93]

90 Vergl. Cobelpa/VNP 17 und Cimbel 36; zustimmend BALDI 296 resp. 405 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 277; dagegen offenbar DERINGER, Kommentar, Rn. 22 zu Art. 85 Abs. 3, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 315 und AXTER, Vorschrift, 157.

91 Unnötig ist es daher, die einzelnen Varianten der ersten Freistellungsvoraussetzung gegeneinander abzugrenzen. (GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 170 und dies., EWG-Kartellrecht, 278) Im übrigen liesse sich eine klare Trennlinie auch kaum ausziehen. (Vergl. VAN DAMME 407 f., BALDI 287, MAILÄNDER, Kommentar, 223, DERINGER, Kommentar, Rn. 25 zu Art. 85 Abs. 3).

92 WILLEMSEN 224 f. – GLEISS/HIRSCH (EWG-Kartellrecht, 279) sprechen zusammenfassend von "Vorteilen für den Wirtschaftsablauf". – Im gleichen (weitverstandenen) Sinne SCHLUEP, AVV I, 95, VAN DAMME 407 f., BLECKMANN 306, AXTER, Vorschrift, 156 f., MAILÄNDER, Kommentar, 233 und GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 168 und 170 – Getreu seiner Lehre für ausschliesslich wettbewerbstheoretisch gehaltene Saldierung dagegen BALDI 403 f.

93 Die Vor- und Nachteilsgewichtung kann der Natur der Sache nach nicht ohne Hypothesen auskommen. Mithin muss ein Vergleich zwischen der reglementierten und einer beschränkungsfreien Marktordnung angestellt werden. (DERINGER, Kommentar, Rn. 24 zu Art. 85 Abs. 3, SÖLTER, Ausnahmevorschrift, 680, BALDI 292, AXTER, Vorschrift, 157, WILLEMSEN 224, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 168, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 313, MAILÄNDER, Kommentar, 233) Ist die Vorkehr erst in Aussicht genommen, hat die Vorausschau der Marktwirkungen prognostischen Charakter. Wird sie bereits praktiziert, ist der Status quo ante Fiktion.

Entsprechend vielfältig sind die in die Spruchpraxis der Kommission eingeflossenen Bewertungsgesichtspunkte.[94] Im Zusammenhang mit der Vertikalintervention ist namentlich von folgenden *Vorzügen* die Rede: Senkung der Produktions- und Distributionskosten, Rationalisierung des Vertriebsgeschehens, Verbreiterung des Angebots durch Alternativenvermehrung, Erschliessung neuer Märkte (unter Adaption an fremde Marktbedingungen), Verbesserung der Kundenbetreuung und der Marktbearbeitung, regelmässige und gesicherte Marktversorgung. *Negativ* zu Buche stehen vor allem Gebietsabschottung und Ausschlüsse von Wettbewerbern (insb. übermässige Marktzutrittsschranken für Aussenseiter).[95]

b) Angemessene Beteiligung der Verbraucher

Während die erste Freistellungsvoraussetzung von Art. 85 Abs. 3 Auswirkungen von Kartellpraktiken inventarisiert und bilanziert, soll die zweite dafür einstehen, dass die Vorzüge nicht von den Beteiligten gehortet, sondern im Stufengefüge weitergeleitet werden. Sie verlangt somit einen Niederschlag des Aktivsaldos in den Geschäftsbedingungen der Marktgegenseite.[96] [97]

Zunächst ist zu verdeutlichen, wer denn geschützter Vorteilsempfänger sei. Nach der ganz herrschenden Ansicht meint *"Verbraucher"* nicht bloss den Konsumenten, sondern jeden Nachfrager von Waren und Dienstleistungen,[98] gleichviel, auf welcher

94 Vergl. etwa die Übersichten bei HIRSCH 649 f., GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 280 f., WILLEMSEN 225 f. und MAILÄNDER, Kommentar, 232 f.

95 Einzelheiten und Diskussion bei der Einzelklauselbesprechung hinten 245 f.

96 Vergl. auch SCHEUFELE, Verbraucherbeteiligung, 173 und BALDI 299.

97 Dieser klaren Marktgegnerperspektive wegen mag man von einem *wettbewerbstheoretischen Bestandteil* der alles umspannenden wirtschaftspolitischen Rule of Reason reden.

98 CUNNINGHAM, Competition Law, 66, SCHWANKE 196, KÖNIG 114, GÜNTHER, Regelung, 281, HIRSCH 653, IPSEN 624, AXTER, Vorschrift, 158, KLEEMANN, Wettbewerbsregeln, 52, WILLEMSEN 229, SÖLTER, Ausnahmevorschrift,

Marktstufe er wirtschaftet.[99] Dennoch bleibt die Frage nach der Reichweite der vorgeschriebenen Weitergabe. Offen ist zumal, ob – nach zugestandener Beteiligung – der Zwischenhandel die Vorteile an den *Letztabnehmer* zu übertragen habe.[100] Die Antwort erbringt eine funktionale Auslegung des Tatbestandselements im Sinne der wirtschaftspolitischen Rule-Konzeption. In jedem Falle Konsumententeilhabe zu verlangen hiesse, Endverbraucherinteressen stellvertretend für das Gesamtinteresse auszuspielen. Dies kann aber deshalb "nicht rechtens sein, weil die Gemeinschaftsinteressen Werte mitbegreifen, die sich nicht mittels blossem Konsumentenschutz bewahren lassen."[101] [102] In der Praxis freilich wird

681, MAILÄNDER, Kommentar, 234, BALDI, 298, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 288, dies., Kommentar, 165, dies., Kartellrecht, 125, DERINGER, Kommentar, Rn. 30 zu Art. 85 Abs. 3, SKAUPY 562, SCHEUFELE, Verbraucherbeteiligung, 173, BLECKMANN 306; a.M. EWALD, AVV, 116 und RITTNER, Vertragsrechtliche Fragen, 107.

99 Damit muss die Übertragung nicht zwangsläufig auf die direkt gegenüberliegende, sondern kann auch auf eine entlegenere Stufe stattfinden. (So namentlich BALDI 298).

100 DERINGER (Kommentar, Rn. 37 zu Art. 85 Abs. 3) etwa verlangt bei bestimmten Marktkonstellationen "eine wenigstens teilweise Weitergabe des Gewinns an den Letztverbraucher".

101 So – in Abhandlung des schweizerischen Kartellverwaltungsrechts – SCHLUEP, Markenschutzgesetz, 402; vergl. auch ders., Nachfragemacht, 589 und HOMBURGER, Interessenabwägung, 132 – *Verbraucherschutz* ist sonach ganz gewiss ein massgeblicher, aber *nicht einziger wettbewerbsrechtlicher Interpretationsmassstab.* (Ausführlicher darüber – im Zusammenhang mit dem GWB – BELKE, Kartellgesetznovelle, 235 f. und SCHWARTZ, Kartellamtspraxis, 500 f.; a.M. wohl GOLAY 215 und GAWRONSKI 70) Zur konsumentenschutzpolitischen Bedeutung des Wettbewerbsrechts im allgemeinen MEIER, 1 f., HENKE 49, GÜNTHER, Verbraucher, 430 f. und SCHERHORN, Verbraucherinteresse, 81 f. – Ausführlich über das Problem jüngstens KRAMER E.A., Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts, ZSR 1979 I, 49 f. sowie (aus europakartellrechtlicher Sicht) DHAEYER B./THILMANY J., La protection du consommateur et le droit antitrust européen, Rev. trimestr. de droit européen 1978, 223 f.

102 Wie hier (aber mit anderer Begründung) WILLEMSEN 229 und SÖLTER, Ausnahmevorschrift, 682; gl.M. ferner BLECKMANN 306, KLEEMANN, Wettbewerbsregeln, 51 und GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 165. – Ansonsten wären in der Vertragstextinterpretation – wider die obige Behauptung – "Verbraucher" und "Konsument" insoweit gleichzusetzen, als letzterer immer wenigstens auch (mit-)beteiligt sein müsste.

der Ausstrahlung der Kartellerrungenschaften auf den Letztabnehmer dennoch massgebliche Bedeutung beizumessen sein. Wohl selten dürfte sich das vertragspolitische Gesamtinteresse durch Einbehaltung auf den Zwischenhandelsstufen erfüllen.[103]

Weiter ist gegenständlich zu umschreiben, woran die Verbraucherbeteiligung zu messen sei. Die Vokabel *"Gewinn"* meint nicht nur geldwerten Ertrag, sondern jedwede Besserstellung der Marktgegenseite.[104] Damit ist sie in der Tat "qualifizierter Ausdruck dessen, was im ersten Freistellungserfordernis 'Verbesserung ..... oder Förderung' heisst."[105] Als Beispiele aus der Kommissionspraxis sind für die Vertikalintervention von Interesse: Kosten- und Preisvorteile, Qualitätsverbesserung und -sicherung, Anpassung der Erzeugnisse an Käuferpräferenzen, bessere Marktversorgung, konstanter Warenfluss, Verbreiterung der Beschaffungsquellen, Bereicherung des Angebots sowie Kundendienste aller Art.[106]

Die geforderte *"Angemessenheit"* der Begünstigung schliesst ein doppeltes ein:[107] In *quantitativer* Hinsicht muss ein gebührlicher Anteil der unter den Parteien erzielten Gewinne abgetreten werden. Hiebei ist der Verbraucher an jedem einzelnen Vorteil zu

103 Ähnlich im Ergebnis SKAUPY 562.

104 KOCH, Verhältnis, 246, VON GAMM 65 f., SCHLUEP, AVV I, 96, GÜNTHER, Regelung, 281, HIRSCH 652, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 319, WILLEMSEN 229, SÖLTER, Ausnahmevorschrift, 682, KÖNIG 114, SCHWANKE 196 f., DERINGER, Kommentar, Rn. 31 zu Art. 85 Abs. 3, AXTER, Vorschrift, 158, MAILÄNDER, Kommentar, 234, GLEISS/HIRSCH, Kartellrecht, 125, dies., Kommentar, 166, dies., EWG-Kartellrecht, 289, BLECKMANN, 306 f.; anders vor allem SCHEUFELE (Verbraucherbeteiligung, 173 f.), der die Neutralisierung von Preisbestimmungsmacht als ausschliesslichen Normzweck der "Verbraucherbeteiligung" ansieht.

105 BALDI 299; vergl. auch WILLEMSEN 230 (mit Fingerzeig auf Abgrenzungsprobleme).

106 Vergl. die exemplifikatorische Verdeutlichung des "Gewinns" bei MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 319, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 289, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 202 und REINHART, Vertikale Verträge, 195 (insb. für Vertikalbeschränkungen). – Einzelheiten bei der Besprechung der Interventionstypen hinten 245 f.

107 Ebenso MAILÄNDER, Kommentar, 235, BALDI 406 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 291 f.

beteiligen.[108] Der *qualitative* Gehalt der Angemessenheitskontrolle nötigt zu prüfen, mit welchen Beschwernissen sich die Marktgegenseite ihre Besserstellung erkaufen musste. Innerhalb dieser nachfragerorientierten Bilanzierung sind die einzelnen Vorzüge und Benachteiligungen zu gewichten und wechselseitig abzuwägen. Debattiert wird in diesem Zusammenhang vornehmlich über den Stellenwert der *Preiswirkungen.* Nach konstanter Rechtsprechung der Kommission – unterstützt von einem Teil der Lehre[109] – bildet der Preis den primären Massstab bei der Auslotung der angemessenen Verbraucherbeteiligung.[110] Dieser Wertungsrangordnung ist angesichts der zentralen Funktion des Preises im marktwirtschaftlichen Koordinationssystem grundsätzlich zuzustimmen.[111] Klare und gewichtige Preisnachteile sind demnach nur schwerlich durch andere Distributionsverbesserungen aufzuwiegen.[112]

Die Diagnose, ob eine mögliche Begünstigung im Absatzkanal auch tatsächlich transponiert wird, trägt die Züge eines Wahrscheinlichkeitsurteils. Die Kommission bedient sich daher eines besonderen Ermittlungsverfahrens, indem sie die Weitergabe mit der Existenz hinreichenden Wettbewerbsdruckes verknüpft. In einem "Vorgriff" auf die vierte Freistellungsvoraussetzung folgt sie dem Erfahrungssatz, dass nach den Regeln des Systems freie Konkur-

108 Verbessern etwa die Beteiligten die Qualität und sparen sie im gleichen Zuge Kosten ein, haben die Abnehmer an beidem angemessen zu partizipieren. (Vergl. – mit weiteren Belegen – GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 291 und HIRSCH 652 ;lediglich für Teilhabe am Pauschalgewinn z.B. SKAUPY 564).

109 SKAUPY 563, SCHWANKE 198, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 166, DERINGER, Kommentar, Rn. 34 zu Art. 85 Abs. 3; a.M. EWALD, AVV, 118, PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER 203 und MARTINO, AVV in der EWG, 936; "Bedenken" äussert weiter AXTER, Vorschrift, 158 f.

110 Bereits im Grundig/Consten-Entscheid betonte sie, dass die Verbraucher "insbesondere über Preise und sonstige Lieferbedingungen" zu beteiligen seien. (585) – Noch deutlicher die neuere Praxis: Vergl. etwa Gerofabriek 12, Distillers 28, Gewürze 25, Kachelhandel 27 f., Theal/Watts 24 f.

111 Vergl. dazu auch die Ausführungen über den produktinternen Preiswettbewerb hinten 242.

112 Im gleichen Sinne SKAUPY 563; noch konsequenter SCHEUFELE, Verbraucherbeteiligung, 173 f., insb. 176.

renz eine Teilhabe der Abnehmer erzwingt.[113] Die Überleitung wird folgerichtig immer vermutet, wenn neben den kartellistischen Vorkehren ein *genügender (Rest-)Wettbewerb* weiterleben kann.[114] [115] Bei dieser Transmissionsfiktion ist – im Urteil über Vertikalbeschränkungen – neben der produktexternen allemal auch die produktinterne Konkurrenz zu veranschlagen.[116]

c) Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

Art. 85 Abs. 3 lit. a errichtet in negativer Umschreibung eine Freistellungssperre für unnötige Konkurrenzbeschränkungen. Werden Angriffe auf den freien Wettbewerb ihrer vertragspolitisch erwünschten Folgewirkungen schon hingenommen, sind die Marktstörungen wenigstens auf ein Mindestmass zurückzubinden. In der Praxis wird die Verletzung dieser dritten Freispruchsbedingung zumeist leichter nachzuweisen sein als diejenige der beiden vorausgehenden.[117]

113 Vergl. HIRSCH 652, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 319 f. und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 299. – Ebenso MAILÄNDER, Kommentar, 235 und SCHEUFELE, Verbraucherbeteiligung, 173 – WILLEMSEN (230) spricht vom Wettbewerb als "deus ex machina" für die Transformationsfrage.

114 Vergl. z.B. Rank/Sopolem 24, MAN/SAVIEM 36, Prym-Beka 26, SABA 28, Duro-Dyne/Europair 13, BMW 8, Campari 76, Junghans 16, Goodyear/Euram 12.

115 Gegen dieses methodologische Vorgehen ist solange nichts einzuwenden, als es die Untersuchung der realen Nachfragerstellung nicht vernachlässigt, es also die Tatbestandsmerkmale der Verbraucherbeteiligung und des Wettbewerbsminimums nicht schlechthin ineinander aufgehen lässt. (In dieser Richtung aber die Deduktion von GA ROEMER im Urteil Grundig/Consten 433 sowie die Entscheide Duro-Dyne/Europair 13 und Goodyear/Euram 12; vergl. auch den Hinweis von WILLEMSEN 232).

116 Ständige Kommissionspraxis: Vergl. Junghans 16, Goodyear/Euram 12, BMW 8, SABA 28, Duro-Dyne/Europair 13.

117 Gl.M. MAILÄNDER, Kommentar, 235, BALDI 310 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 292. – Die Unerlässlichkeitsvoraussetzung wird in der Folge häufig als die "am schwersten zu nehmende Hürde auf dem Weg zur Freistellung" bezeichnet. (So BALDI 310; gleichsinnig VAN DAMME 411, AXTER, Vorschrift, 159, DERINGER, Kommentar, Rn. 38 zu Art. 85 Abs. 3) – Vergl. zum Beleg auch die Untersuchungen über die Bezugsausschliesslichkeit, den Gebietsschutz oder die marktstufenindifferenten Warenlaufklauseln hinten 263 f., 277 f. und 303 f.

Das Unerlässlichkeitsgebot umfasst ein Dreifaches:[118] Fürs erste muss die Wettbewerbsbeschränkung (an sich und im geübten Ausmass) zur Zielrealisierung *erforderlich* sein.[119] Weiter darf – nach dem *Grundsatz des schonendsten Mittels* – für die Verbesserung bzw. Förderung kein anderer ("milderer") Behelf zur Verfügung stehen.[120] Hier geht es um die Maxime eines "civiliter uti" im Einsatz konkurrenzschädlicher Vorkehren oder um die Frage nach einer allfälligen *"less restrictive alternative"*.[121] Schliesslich hat man eine *Verhältnismässigkeit von Mittel und Zweck* zu fordern, also die Angemessenheit der privaten Marktregelung im Lichte des von ihr verbuchten Erfolges.[122] [123]

Die Unerlässlichkeit bestimmt sich nach objektiven Gesichtspunkten.[124] Auch verlangt Abs. 3 lit. a mehr als blosse Eignung

118 Vergl. – in Abhandlung von Art. 5 KG – MICHELI 49 f. (mit teils abweichender Terminologie); ähnlich BELKE, Relevanter Markt, 284 f.

119 Zur Notwendigkeit (als Minimalvoraussetzung) BLECKMANN 307, VON GAMM 66, SCHLUEP, AVV I, 106, BELKE, Relevanter Markt, 284, RENZ 125, KÖNIG 121, IPSEN 624, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 171, dies., EWG-Kartellrecht, 294, BALDI 321, DERINGER, Kommentar, Rn. 43 zu Art. 85 Abs. 3, SÖLTER, Ausnahmevorschrift, 685, MAILÄNDER, Kommentar, 236.

120 Ähnlich WILLEMSEN 233, AXTER, Vorschrift, 159, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 294, BLECKMANN 307, BELKE, Relevanter Markt, 285; aus der Praxis z.B. Kabelmetal 39 und Bayer/Gist-Brocades 20.

121 Vergl. (im Zusammenhang mit dem amerikanischen Philco-Fall) SCHULTE-MÄTER 96 f.

122 Ebenso MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 321, HIRSCH 653, RENZ 125, KOCH, Verhältnis, 247, VON GAMM 66, MAILÄNDER, Kommentar, 236, WILLEMSEN 233, BELKE, Relevanter Markt, 284 f., GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 294, DERINGER, Kommentar, Rn. 45 zu Art. 85 Abs. 3, ders., Jallatte, 158, GÜNTHER, Regelung, 281, KÖNIG 121 f., SCHLUEP, AVV I, 96, SCHWANKE 200; a.M. SÖLTER, Ausnahmevorschrift, 685, KLEEMANN, Wettbewerbsregeln, 52, AXTER, Vorschrift, 159 und GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 172.

123 Diese Proportionalitätsschranke ist Art. 85 Abs. 3 zwar nicht in grammatikalischer, wohl aber in *funktionaler Interpretation* abzugewinnen: Wettbewerbsbeschränkungen sind höchstens in dem Ausmass zu dulden, als die gesamtwirtschaftlichen Vorteile die Nachteile (noch) aufwiegen. (Vergl. auch BELKE, Relevanter Markt, 285, DERINGER, Kommentar, Rn. 45 zu Art. 85 Abs. 3 und KÖNIG 121 f.).

124 Vor allem genügt das Vorbringen der Parteien nicht, gerade der betreffende Bestandteil sei für sie Essentialium des Vertragsschlusses gewesen. (Gl.M. SCHWANKE 199,

zur Zielrealisierung.[125] Hinsichtlich der Strenge des angelegten *Kausalitätsmassstabes* vermerkt man allerdings eine deutliche Lockerung der Rechtsprechung der Kommission.[126] Nach einer (richtigen) älteren Entscheidpraxis billigte diese lediglich diejenige Behinderung, die als einzige Erfolgsgarantie versprach.[127] In jüngeren Urteilen bescheidet sie sich damit, dass die kartellistischen Absprachen nicht über das zur Erreichung des Vertragszweckes Erforderliche hinausgehen, und anerkennt Unerlässlichkeit für alle Beschränkungen, welche vernünftigerweise für die Zielverwirklichung notwendig sind.[128]

Ob die Parteien auf die fragliche Intervention verzichten können, darf verbindlich nur für einen bestimmten *Zeitpunkt der Marktentwicklung* entschieden werden. Stets hat man zu prüfen, ob eine in der Anlaufphase der Kartellordnung unumgängliche Vorkehr später entbehrlich wird.[129] Für das vertikale Wettbewerbsbeschränkungsrecht bleibt endlich herauszustellen, dass die Vertriebsordnung nicht als ganze, sondern in ihren *Einzelbestandteilen* den Unerlässlichkeitstest bestehen muss.[130]

KÖNIG 121, SÖLTER, Ausnahmevorschrift, 685, BALDI 312 f., GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 292 f., dies, Kommentar, 171, MAILÄNDER, Kommentar, 236, GLEISS/HOOTZ, Grundig/Consten, 321, DERINGER, Kommentar, Rn. 46 zu Art. 85 Abs. 3).

125 Vergl. Grundig/Consten 397 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 293.

126 Mit gleicher Diagnose MAILÄNDER, Kommentar, 236 f., HIRSCH 653 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 293.

127 Aufschlussreich etwa D.R.U./Blondel 256 und Jallatte/Voss/Vandeputte 155 sowie der Kommissionsentscheid Grundig/Consten 585 f.

128 Vergl. – mit umfassender Fundstellenübersicht – HIRSCH 653 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 293 f.

129 Vergl. GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 295 (mit Hinweisen).

130 Besonders deutlich die Entscheide BMW 8 und SABA 28. Selbstverständlich ist der vertragliche Gesamtkontext im Auge zu behalten. (Aus dem Schrifttum KÖNIG 121, DERINGER, Kommentar, Rn. 41 zu Art. 85 Abs. 3, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 321, BALDI 311 und GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 173).

d) Nichtausschaltung wesentlichen Wettbewerbs

Letzte Freistellungshürde bildet der Fortbestand eines Mindestmasses an freier Konkurrenz "für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren". (Abs. 3 lit. b) Dieser Vorbehalt ist unmittelbar Ausfluss des ordnungspolitischen Grundsatzentscheides zugunsten marktwirtschaftlicher Koordination in der Gemeinschaft.[131] Sicherstellen soll er, dass trotz privatautonomer Marktorganisation der Wettbewerb als Lenkungsinstrument spielen[132] und die ihm zugedachten integrationspolitischen Funktionen[133] wahrnehmen kann. Dies normtatbeständlich zu verankern ist deshalb belangvoll, weil im Rahmen der ersten Freistellungsvoraussetzung (erst) eine umfassende wirtschaftspolitische Ergebniskontrolle stattfindet, bei der naturgemäss auch meta-kompetitive Gesichtspunkte durchschlagen.[134] An dieser Stelle wird nun der "wettbewerbsindifferente" Saldierungsvorgang korrigiert, indem ein bestimmtes *Wettbewerbsminimum* den höheren *Rang eines selbständigen Bewertungselementes* gewinnt. Unter diesem Gesichtswinkel zeichnet die Bedingung der Nichtausschaltung wesentlicher Konkurrenz bemerkenswerte Konturen für das gesamte EWG-Kartellrecht vor.[135]

Bei der Rechtsanwendung sind zunächst die *"betreffenden Waren"* näher auszumachen. Hier wie anderswo geht es vor allem um die Bestimmung des sachlich *relevanten Marktes.* Wie man

131 Im gleichen Sinne MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 322, WILLEMSEN 240 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 296.

132 AXTER (Vorschrift, 160) spricht zutreffend von der Erhaltung des Wettbewerbs "als Ordnungsfaktor auf dem betreffenden Markt". – Vergl. auch SÖLTER, Ausnahmevorschrift, 687, KÖNIG 124, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 175 und WILLEMSEN 240 f. (mit Andeutung indirekter Rücksichtnahme auf Konsumenteninteressen).

133 Über die Funktionen des Wettbewerbs in der Gemeinschaft vorn 19 f.

134 Diesen Zusammenhang zwischen wirtschaftspolitischer Rule-Konzeption und Wettbewerbsschutz zeigen auch BALDI (320 f.) und WILLEMSEN (240) an.

135 Man wundert sich daher über die wenig ergiebige Rechtsprechung und über den untergeordneten Stellenwert in der Freistellungspraxis. (Vergl. auch MAILÄNDER, Kommentar, 237, HIRSCH 653 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 296).

weiss, stellen die Wettbewerbsbehörden in ständiger Spruchpraxis auf die funktionale Austauschbarkeit von Produkten ab. Demnach gehören – neben den Vertragswaren – sämtliche Erzeugnisse dem nämlichen Markte zu, die aufgrund ihrer Beschaffenheit, ihres Preises und ihres Verwendungszweckes von der Nachfragerschaft als gleichwertig angesehen werden.[136]

Da die Freistellungssperre nicht erst bei vollkommener Verdrängung des Wettbewerbs eingreift, stellt sich weiter die Frage nach dem verbotenen *Beschränkungsgrad.* Sie lässt sich – was die Vertikalintervention anlangt – nur im Einzelfall und in Anwendung verschiedener Beurteilungskriterien entscheiden:

Vorweg sind der *Marktanteil* der Parteien und die *Strukturen* auf den betreffenden Märkten in Anschlag zu bringen.[137] Besondere Hervorhebung verdient, dass auch gleichzielende Vorkehren Dritter, d.h. die *branchenweite Streuung* bestimmter Behinderungstypen, mitzählt.[138] Eine einmütige Lehre betont ferner (mit Recht), dass neben diesem Aussenwettbewerb auch die Konkurrenzverhältnisse im Kartellinnern beachtlich seien.[139] Sie übersieht dabei allerdings, dass die Würdigung von Innenbeziehungen nur bei Horizontalabsprachen eine Rolle spielen kann, weil an einer Vertikalbeschränkung Beteiligte begriffsnotwendig nicht konkurrieren.[140] Gleichwohl lässt sich der Ansatz für den hier interessieren-

136 Statt vieler DERINGER, Kommentar, Rn. 48 zu Art. 85 Abs. 3, BALDI 321 f., KÖNIG 124, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 173 f.; mit Zusammenschau über die Behördenpraxis insb. THIESING, Relevanter Markt, 361 f. und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 95 f.; ausführlich auch HAYMANN 110 f. – Rechtsvergleichend zum Kriterium der Marktgleichwertigkeit (für das KG) MERZ, Kartellgesetz, 30, GUT 109, SYZ 76, MATILE 193 f., SATTLER 48 f., ALLEMANN 229, SCHÜRMANN, Entwicklung, 91 f.

137 Einlässlich – mit neuerer Fundstellenübersicht – GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 296 f.; vergl. weiter dies., Kommentar, 174, IPSEN 625, SÖLTER, Ausnahmevorschrift, 690, SCHWANKE 201 f., KÖNIG 125, DERINGER, Kommentar, Rn. 50 zu Art. 85 Abs. 3.

138 So vor allem Metro 1916; vergl. auch GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 297.

139 MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 323, AXTER, Vorschrift, 161, SÖLTER, Ausnahmevorschrift, 686, BALDI 323 f., GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 298, dies., Kommentar, 175.

140 Vergl. vorn Bd. 1, 249 f.

den Zusammenhang fruchtbar machen: Mit Blick auf die Bindungsstruktur[141] muss bei vertikalen Eingriffen an die Stelle der kartellinternen die *netzinterne Konkurrenz* treten. Deshalb ist allemal zu untersuchen, ob neben interbrand competition auch hinreichende intrabrand competition offengehalten wird.[142]

Bei dieser Auslotung des produktinternen Mindestwettbewerbs hat man zu prüfen, in welchen Formen dieser noch unverfälscht spielen kann, welche Wettbewerbsparameter[143] sonach (in welchem Umfang) abgebunden bleiben.[144] Da nun im Regelfall lediglich einzelne Absatzinstrumente nicht frei variiert werden dürfen, stellt sich die Frage nach der wettbewerbspolitischen Rangordnung der verschiedenen Unterformen. Vor allem interessiert, wieweit Verluste an *Preiswettbewerb* gegenüber einer unberührten (oder gesteigerten) Nebenleistungs-, Qualitäts- bzw. Werbekonkurrenz hinzunehmen sind. Der Gerichtshof hat zum Problem im Metro-Urteil judiziert. Darin vertritt er bekanntlich die These von einer prinzipiellen Gleichwertigkeit der Wettbewerbsarten.[145] Noch weiter geht die Lehre: Sie spricht sich einvernehmlich dafür aus, dass die Knebelung einzelner Wettbewerbsparameter einer Freistellung nicht entgegenstehe.[146] Daraus wird gefolgert, auch

141 In der Horizontalebene wird der Wettbewerb unter den gleichartig (aber individuell) festgebundenen Händlern gestört. (Vergl. vorn Bd. 1, 255).

142 Konstante Rechtsprechung der Kommission: Vergl. Campari 76, Goodyear/Euram 12, BMW 9, Omega 27, SABA 28, Junghans 16, Duro-Dyne/Europair 13; dazu ferner GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 299 und WILLEMSEN 237.

143 Zu den einzelnen Wettbewerbsparametern vorn Bd. 1, 268.

144 Nichts anderes ist Kernpunkt der Diskussion um den Innenwettbewerb bei Horizontalabsprachen. (Vergl. die in Fn. 146 aufgeführten Autoren).

145 "So wichtig der Preiswettbewerb sein mag..., so ist er doch nicht die einzige wirksame Form des Wettbewerbs und auch nicht diejenige Form, die unter allen Umständen absoluten Vorrang erhalten müsste." Immerhin wird angefügt, dass "er niemals ganz beseitigt werden" dürfe. (Urteil Metro 1906).

146 SCHWANKE 200, BLECKMANN 307, WILLEMSEN 237 f., AXTER, Vorschrift, 161, BALDI 323 f., DERINGER, Inhalt, 293, ders., Kommentar, Rn. 52 zu Art. 85 Abs. 3, KLEEMANN, Wettbewerbsregeln, 52, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 323, MAILÄNDER, Kommentar, 238, HERMANNS, Selektiver Vertrieb, 175, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 298, dies., Kommentar, 175, SÖLTER, Ausnahmevorschrift, 688, KÖNIG 125.

Preisbestimmungsfreiheit dürfe vollständig in Fesseln gelegt werden.[147] [148]

Solche Freizügigkeit in der Aufopferung des Preiswettbewerbs befremdet. Denn schliesslich ist der Preis jenes volkswirtschaftliche Steuerungsinstrument, über das die gesamte Bedarfsdeckung in freien Marktwirtschaften abgewickelt wird.[149] Man wird aus diesem Grund einen strengeren Massstab in der Bestimmung des produktinternen Wettbewerbsminimus anzulegen haben. Dem Grundsatz nach sind zwar auch der Konkurrenzkampf in Qualität, Nebenleistungen und Werbung in Rechnung zu ziehen. Dem Preis gebührt indessen die Stellung eines *"primus inter pares"* der Bewertungskriterien.[149a] Dies prägt das konkrete Urteil über Vertikalbeschränkungen in dreifacher Hinsicht: Einmal kann über keine totale Ausschaltung des Preiswettbewerbs hinweggesehen werden.[149b] Ein Resthort an preispolitischer Auseinandersetzung ist mithin unverrückbares Freistellungserfordernis. Weiter muss dem Verlust an Preiskonkurrenz eine Belebung der andern Unterformen gegenüberstehen. Endlich hat man die erzeugnisspezifische Relevanz der einzelnen Wettbewerbsparameter zu berücksichti-

147 So ausdrücklich MAILÄNDER, Kommentar, 239, SÖLTER, Ausnahmevorschrift, 688, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 175, SCHWANKE 200, BLECKMANN 307.

148 Nur vereinzelt vernimmt man Vorbehalte gegenüber einer totalen Verdrängung der Preiskonkurrenz. So gilt nach GLEISS/HIRSCH (EWG-Kartellrecht, 298) womöglich anderes, "wenn zweitrangige Wettbewerbsmittel nicht beeinträchtigt werden, aber der Preiswettbewerb ganz ausgeschlossen wird." E contrario könnte auch DERINGER (Kommentar, Rn. 52 zu Art. 85 Abs. 3) in diesem Sinne verstanden werden, wenn er nur die vollständige Lahmlegung von "Nebenformen" (Werbe- und Konditionenwettbewerb) aufführt. Vor allem aber will WILLEMSEN (238) "Auswahlmöglichkeiten in Preis und Qualität" besonders gewichten.

149 Indem Gewinne knappe Ressourcen dorthin strömen lassen, wo maximale Erträge sich einstellen. (Vergl. darüber ausführlich ALCHIAN/ALLEN 95 f. und STIGLER 14 f.).

149a Vergl. auch – im Zusammenhang mit dem Distillers-Entscheid – SHARPE 456.

149b Gl.M. offenbar der Gerichtshof im Urteil Metro 1906. – Vergl. zudem die eben zitierten Ausführungen von WILLEMSEN 238 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 298.

gen.[150] Störungen im Preismechanismus sind nur zu billigen, falls die andern Erscheinungsformen der produktinternen Konkurrenz den Kaufentscheid des Abnehmers mitbestimmen.[151]

## II. Die Freistellungsvoraussetzungen und die einzelnen Klauseln des selektiven Vertriebs

### 1. Gruppenfreistellung selektiver Vertriebssysteme

Vor einer Auseinandersetzung um die Einzelrechtfertigung selektiver Vertriebssysteme muss gefragt werden, ob diese womöglich in der Gruppe freistellbar seien. Dabei hat man auszugehen von der typologischen Charakterisierung des Selektivvertriebs. Wie erinnerlich, kennzeichnen ihn vor allem marketing-politische Absprachen und (persönliche) Vertriebsbindungen.[152] Für eine Generalausnahme hängt sonach alles davon ab, ob diese beiden Klauseln im Gruppenfreistellungserlass über Alleinvertriebsverträge aufgehen.

Die *Vo 67/67* der Kommission setzt einen abschliessenden Katalog der befreiten Vertikalbeschränkungen fest,[153] der ausdrücklich Verpflichtungen zu "vertriebsfördernde(n) Massnahmen" einschliesst. (Art. 2 Abs. 2 lit. c) Der marketing-politische Bindungskomplex stünde demnach einer gruppenweisen Freistellung

150 Vergl. die ebenfalls deutlich produktorientierten Ausführungen bei HERMANNS, Selektiver Vertrieb, 175 sowie WILLEMSEN 238.

151 Im Kontext sei abschliessend auf den engen *wettbewerbspolitischen Wertungszusammenhang zwischen produktinterner und produktexterner Konkurrenz* hingewiesen. Je weniger Inter-brand-Wettbewerb herrscht, desto höher werden die Anforderungen an den Intra-brand-Wettbewerb (und dann gerade an den preispolitischen) ausfallen müssen. – Zur Wechselwirkung auch SÖLTER, Ausnahmevorschrift, 688, KÖNIG 125, DERINGER, Kommentar, Rn. 52 zu Art. 85 Abs. 3 und BALDI 325.

152 Vergl. vorn Bd. 1, 232 f.

153 Einzelheiten vorn 225 f.

des Selektivvertriebes grundsätzlich nicht entgegen.[154] Offen bleibt indessen die Subsumtion der eine Abnehmerselektion anordnenden Vertriebsbindungen.

Gewiss werden diese nicht vom sachlichen Geltungsbereich des Art. 1 erfasst, der als Warenlaufregeln nur (bestimmte) Absatzbindungen des Herstellers und Bezugsbindungen des Händlers duldet. Hingegen bedarf näherer Abklärung, ob die Vertriebsbindung in der in Art. 2 Abs. 2 lit. c genannten Vorschrift zum Unterhalt eines Verkaufsnetzes mitverstanden sei, ob also die Folgerung gelte, wer dem Händler den Aufbau einer Absatzorganisation befehlen dürfe, sei auch zu Weisungen über deren Zusammensetzung ermächtigt. Eine solche Gleichstellung muss an den höchst unterschiedlichen Konkurrenzwirkungen der beiden Absprachearten scheitern. Die Netzaufbaupflicht ist insoweit "wettbewerbsneutral", als sie dem Schuldner die selbstverantwortliche Kundenwahl belässt. Anders die Vertriebsbindungen, die massgeblich in Händlerfreiheit und intrabrand competition eingreifen. Die wettbewerbspolitische Toleranz der Kommission gegenüber der Unterhaltspflicht darf daher nicht durch extensive Auslegung auf vertraglich diktierte Abnehmerbeschränkungen ausgedehnt werden.[155]

Gleiches gilt für einen allfälligen Einordnungsversuch mit dem Argument, Vertriebsbindungen seien in Art. 2 Abs. 2 lit. c ungenannte "vertriebsfördernde Massnahmen". Die gesetzlich enumerierten Klauseln zeigen auf, dass die Kommission mit "Vertriebsförderung" den gezielten Einsatz von Marketing-Instrumenten im Verkauf der Vertragserzeugnisse meint. Sie will damit offenkundig nur bestimmte Angebotsgestaltungsklauseln pauschal freisprechen. Dazu zählen aber gerade Vertriebsabreden (als Vorschriften über den netzinternen Warenfluss) nicht.

*Im Ergebnis* ist sonach daran festzuhalten, dass Vertriebsbindungen in der Vo 67/67 nicht aufgeführt sind. Aus diesem Grund

154 Dem engeren Wortlaut nach wenigstens soweit sie einem Exklusivhändler überbunden sind.

155 Vergl. – im Zusammenhang mit der ersten Kommissionsbekanntmachung über Alleinvertriebsverträge – BECKER, Vertical Agreements, 113.

sind auch selektive Distributionssysteme nicht gruppenweise freistellbar.[156] Ob gleichwohl sie wettbewerbspolitisch gerechtfertigt werden können, muss eine Einzelfallprüfung anhand der Normvoraussetzungen von Art. 85 Abs. 3 erweisen.

2. Einzelfreistellung selektiver Vertriebssysteme

a) Bindungen des Warenlaufs

aa) Räumliche Absatzbindungen (Alleinvertrieb)[156a]

α) *Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, Förderung technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts*

Vielfältig sind die *absatzwirtschaftlichen Vorzüge,* deren Alleinvertriebsklauseln allenthalben gerühmt werden.[157] So vernimmt man namentlich, sie konzentrierten den Verkauf, erschlössen neue Absatzräume durch marktkundige Händler, erleichterten Kleinunternehmen einen Ausbruch aus heimatlichen Märkten und vermehrten damit internationale Einkaufsvarianten. Weiter fördere Exklusivvertrieb Marktbearbeitung und Absatz, senke die Vertriebs- und Produktionskosten und verbessere die Kundenbetreuung. In wettbewerbstheoretischer Hinsicht wird vorgetragen, er stachle die Inter-brand-Konkurrenz an und wirke einer Vertikal-

156 So ausdrücklich Omega 26. – Mit übereinstimmendem Ergebnis die h.M.: Vergl. EBEL 220 f., VON DER GROEBEN, Handbuch, 107, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 203, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 335, SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 52, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 173 sowie 189 und KNOLL 156. – Anders FRIGNANI 368 f.

156a Zu den persönlichen Absatzbindungen hinten 283 f.

157 Vergl. aus der europäischen Praxis die Entscheide Hummel/Isbecque 356, Goodyear/Euram 12, Jallatte/Voss/Vandeputte 154, Omega 26, Duro-Dyne/Europair 12 f. und D.R.U./Blondel 256 sowie die Kommissionserläuterungen zu Vo 67/67; aus dem Schrifttum insb. die Übersichten bei RENZ 121 f., BELKE, Geschäftsverweigerung, 216 f., DERINGER, AVV mit Gebietsschutz, 130, MARTINO, AVV, 90 und SCHLUEP, AVV I, 57 f.; ausführlich vor allem auch SÖLTER, Vertriebsbindungen, 21 f. und DÜESBERG 463 f.

konzentration entgegen. Produzenten loben vor allem die ausgewogene Kooperation, die kontinuierliche Marktversorgung, die erleichterte Absatzwegekontrolle und die zuverlässigeren Vorausdispositions- und Planungsgrundlagen, Händler die Verminderung werbepolitischer Streuverluste und die intensive Herstellerbetreuung.

Die dem Alleinvertrieb zugeschriebenen Distributionsverbesserungen liegen auf verschiedenen Ebenen.[158] Um der ersten Tatbestandsvoraussetzung von Art. 85 Abs. 3 zu genügen, müssen sie sich nunmehr in zweifacher Hinsicht qualifizieren: Einmal sind freistellungsrechtlich nur *gesamtwirtschaftlich* erhebliche Werte von Belang. Zudem müssen diese unmittelbar auf die exklusive Abnehmerbeschränkung zurückgehen.[159]

Gewiss entspringt der Ausschliesslichkeitsklausel eine Straffung der Absatzorganisation, weil sich die Herstellerverkäufe über einen einzigen Verteiler im Rayon abwickeln. Dieser *Rationalisierungseffekt* entlastet die Vertriebskostenrechnung. Wirtschaftlich günstigere Auftragsgrössen machen zumal Einsparungen in der "physical distribution" möglich.[160] Derartige Kostensenkungen sind grundsätzlich auch als Distributionsvorteile im Sinne von Art. 85 Abs. 3 anzuerkennen.[161] [162]

Weniger offenkundig ist die viel gepriesene *Markterschliessungsfunktion.* Zwar verhilft die Einschaltung einheimischer Alleinvertreter zu einem Abbau räumlicher und mentalitätsmässiger Spannungen zwischen Erzeugung und Konsum.[163] Denn diese

158 Vergl. SCHLUEP, AVV I, 58.

159 Vergl. vorn 229 f.

160 Aufwand für Auftragsbearbeitung und -erledigung, Transportkosten usw. (Vergl. vorn Bd. 1, 130 f.).

161 SCHWANKE 194, SCHRÖTER 117, SCHULTE-MÄTER 105, DERINGER, AVV mit Gebietsschutz, 130, BELKE, Geschäftsverweigerung, 216, MARTINO, AVV, 90, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 283, WINKEL 213; dazu D.R.U./Blondel 256, Duro-Dyne/Europair 12 f. (insb. für grosse Distanzen), Omega 26, Goodyear/Euram 12 und Jallatte/Voss/Vandeputte 154.

162 Einlässlich zur Bedeutung von Kosteneinsparungen in der Freistellungspraxis der Kommission GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 280 f.

163 Darüber auch vorn Bd. 1, 90 f.

bewältigen leichter die Marktzuzugsprobleme infolge sprachlicher, rechtlicher und konsumsoziologischer Eigenheiten des fremden Absatzraumes.[164] Ob das Erschliessungsargument aber tatsächlich durchschlägt, hängt von der Marktpräsenz der Vertragswaren ab. Schickt sich ein Produzent zur Eroberung ausländischer Verbraucher erst an, erzeugt die Vergabe von Exklusivrechten sicherlich integrationsfördernde Wirkungen. Solche sind (oder werden) aber fraglich, wenn die Herstellererzeugnisse im Vertragsgebiet Fuss gefasst haben.[165] Dann verliert der Alleinhändler die Pionierstellung und wird zum Hüter monopolistischer Direktimportprivilegien. Erzeuger mit europaweit vertrauter Marke können daher nur in Ausnahmefällen[166] ihre Absatzexklusivität mit der Markterschliessung rechtfertigen. Neukonkurrenten dagegen werden sie (während einer Anlaufzeit)[167] regelmässig anrufen dürfen. Dies betrifft ganz besonders Klein- und Mittelbetriebe, für die Alleinvertrieb oft ein Instrument zur Bewahrung der Waffengleichheit im Aussenhandel darstellt.[168] [169]

Zu prüfen ist nunmehr, welche Dienste der Exklusivabsatz ausserhalb von Markterschliessungssachverhalten für eine den Gemeinschaftszielen förderliche Marktbearbeitung zu leisten vermag. Als Folge der rigorosen Selektionspolitik wird man

164 So das wohl verbreitetste Rechtfertigungsvorbringen für den Alleinvertrieb: Vergl. KLEEMANN, Ausschliesslichkeitsverträge, 1631, EWALD, AVV, 117 f., WINKEL 63, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 326, BECKER, Vertical Agreements, 104, LUTZ, Exportverbote, 499, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 123, dies., EWG-Kartellrecht, 283, SCHWANKE 194, MARTINO, AVV, 90, RENZ 121 f., SCHRÖTER 117; aus der Rechtsprechung Duro-Dyne/Europair 12, Hummel/Isbecque 326, D.R.U./Blondel 256 und Jallatte/Voss/Vandeputte 154.

165 Ähnliche Vorbehalte bei SCHWANKE 194 und MÖHRING, Reimportklausel, 180; vergl. – für die Anfangszeit der Marktvereinheitlichung (e contrario) auch AXTER, Vorschrift, 157.

166 Man denke etwa an eine Diversifikation auf den Auslandmärkten oder an eine Einführung neuartiger Produkte.

167 Auf die zeitliche Befristung der Markterschliessung verweisen auch SCHLUEP, AVV I, 170 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 282.

168 Vergl. SCHULTE-MÄTER 106 und WINKEL 63.

169 Vergl. aber die Vorbehalte gegen eine Ausuferung des Markterschliessungsarguments zu einer wettbewerbspolitischen Grundsatzphilosophie der Existenzsicherung und der Strukturerhaltung hinten 272 f.

bekanntlich[170] *grössere Verkaufsanstrengungen* des Händlers[171] (und damit eine belebte Nachfrage) erwarten dürfen.[172] Nun sind Umsatzsteigerungen für sich genommen noch nicht identisch mit gesamtwirtschaftlichem Nutzen.[173] Teils wird aber gefolgert, mit dieser Entwicklung müsse nach dem Prinzip der Kostendegression zwangsläufig ein niedriger Stückpreis und damit ein allgemeines *Absinken des Preisniveaus* einhergehen.[174] Gegen eine solche generelle Ableitung sind Vorbehalte anzubringen. Wohl können preispolitische Vorzüge bei Vertriebsrationalisierung infolge Alleinabsatz nicht vorneweg ausgeschlossen werden. Sie sind allerdings im Einzelfall glaubhaft darzutun.[175] Vor allem interessiert der Nachweis einer Kausalität zwischen Nachfragerbeschränkung und (positiver) Preisentwicklung. Diese ist nämlich (aus wettbewerbstheoretischer Sicht) deshalb nicht notorisch, weil das Direktbezugsmonopol die produktinterne Preiskonkurrenz im Vertragsgebiet erst auf einer höheren Ebene einsetzen lässt.[176]

Leichter wird dagegen der Beleg zu erbringen sein, dass die Alleinvertriebsabsprache eine *kontinuierliche Marktversorgung* gewährleistet. Sie wurzelt vorab in der engen informellen Zusammenarbeit im Absatzkanal und im langfristig angelegten Leistungsaustausch.[177] Dass ein regelmässiger Übergrenzverkehr (als Garant

170 Zur Begründung vorn Bd. 1, 120 f.

171 Intensivierte Marktbearbeitung und Absatzförderung erwähnen auch DERINGER, AVV mit Gebietsschutz, 130, EWALD, AVV, 116, RENZ 123, KLEEMANN, Ausschliesslichkeitsverträge, 1631 und BELKE, Geschäftsverweigerung, 217; vergl. ferner Omega 26 und (mit besonderem Gewicht) Duro-Dyne/Europair 12.

172 Vergl. aber auch die Andeutung einer gegenteiligen Entwicklung bei SCHULTE-MÄTER 105 f.

173 A.M. offenbar DERINGER, AVV mit Gebietsschutz, 130.

174 MARTINO, AVV, 90 und DERINGER, AVV mit Gebietsschutz, 130.

175 Ebenso (mit Zweifeln) WINKEL 214.

176 Vergl. zu diesem Spannungsfeld zwischen den Aspekten der Rationalisierung und der Wettbewerbsbeschränkung hinten 253.

177 Vergl. vorn Bd. 1, 122 f.

fortschreitender Marktverschmelzung) auch integrationspolitisch positiv zu Buche schlägt, wird nirgendwo ernsthaft in Abrede gestellt.[178]

Ebenfalls beachtlich sind *qualitative Distributionsverbesserungen.*[179] Die Übertragung zentraler Absatzfunktionen auf den Alleinvertreter gestattet eine konsumnähere Gestaltung des Verkaufs.[180] Seine Vertrautheit mit dem Heimatmarkt verspricht eine zuverlässigere Auskundung einheimischer Verbraucherwünsche. Spielt der Informationsfluss, darf daher mit einer Berücksichtigung individueller Marktverhältnisse oder gar mit einer Adaption der Vertragswaren an die jeweiligen Käuferpräferenzen gerechnet werden.[181]

Im Streite liegt namentlich, was in wettbewerbstheoretischen Belangen vom Alleinvertrieb zu erwarten sei. Einer Berichtigung bedarf einmal das Argument der *Ankurbelung von interbrand competition.*[182] Es besticht angesichts des aggressiven Verkaufsmarketings des Alleinvertreters vor allem für diejenige auf Händlerebene. Dagegen erscheint fragwürdig, generell die Belebung des produkt-

178 Omega 26, Jallatte/Voss/Vandeputte 154, Goodyear/Euram 12, Hummel/Isbecque 356, Duro-Dyne/Europair 12 und D.R.U./Blondel 256; aus der Lehre BELKE, Geschäftsverweigerung, 216, WINKEL 213, LUTZ, Exportverbote, 499, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 283, MARTINO, AVV, 90, SCHRÖTER 117, DERINGER, AVV mit Gebietsschutz, 130, SCHWANKE 194 und (im Zusammenhang mit dem amerikanischen Bausch and Lomb-Fall) SCHULTE-MÄTER 46.

179 Allenthalben herausgestellt wird insbesondere die sorgfältigere Kundenbetreuung. (Vergl. RENZ 122f., WINKEL 213, SCHWANKE 194, DERINGER, AVV mit Gebietsschutz, 130, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 283 sowie die Entscheide Hummel/Isbecque 356 und Omega 26).

180 Vergl. vorn Bd. 1, 90f.

181 MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 327, SCHRÖTER 117, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 283, RENZ 122f., WINKEL 213, SCHWANKE 194; ebenso D.R.U./Blondel 256, Jallatte/Voss/Vandeputte 154, Omega 26 und Hummel/Isbecque 356.

182 Vergl. BECKER, Vertical Agreements, 103, SCHULTE-MÄTER 101 und 106; weiter GRAUPNER, AVV, 49 (zum englischen ESSO- Urteil) sowie die Parteivorbringen im Urteil Grundig/Consten 366.

externen Herstellerwettbewerbs zu unterstellen.[183] Eine Rückstrahlung auf die Produzentenstufe mag einsetzen, wenn die Ausschliesslichkeit Neukonkurrenten Zugang zu verkrusteten oligopolistischen Märkten verschafft.[184] Sonderfälle der Markterschliessung unbesehen, ist aber nicht erkennbar, wieso die Verleihung von räumlichen Verteilermonopolen zwangsläufig auf die Intensität des Herstellerwettbewerbs zurückschlagen sollte.[185]

Argwohn muss auch die Behauptung erwecken, Alleinvertrieb bewahre als Alternative vertikaler Steuerung vor verhängnisvollerer Vorwärtsintegration. Vom grundsätzlichen Stellenwert der *Konzentrationsförderungsdoktrin* im Rahmen des vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsrechts war bereits die Rede.[186] Rekapitulierend bleibt anzuführen, dass in tatbeständlicher Hinsicht keineswegs dargetan ist, Hersteller seien die mit dem Systemwechsel auf Direktabsatz verbundene Risikoverlängerung zu übernehmen bereit. Dazu gesellen sich wettbewerbspolitische Bedenken, eine Konkurrenzstörung mit dem Hinweis zu dulden, sie substituiere eine andere.[187]

Im Raume steht endlich die Frage, wieweit die übrigen einzelwirtschaftlichen Vorzüge des Exklusivabsatzes in gesamtwirtschaftliche einmünden. Unbestritten ist der Beitrag zur Förderung der *vertikalen Kooperation.*[188] Er bleibt freilich in der Beurteilungssicht von Art. 85 Abs. 3 vorerst indifferent.[189] Erst wenn die

183 A.M. wohl CATALANO 8; vergl. auch (mit Eingrenzung auf bestimmte Marktformen) RUHWINKEL 26 f.

184 Dazu BELKE, Geschäftsverweigerung, 224, WINKEL 63 f. und 204, GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 123, RUHWINKEL 27 f. und MESTMÄCKER, Ausschliesslichkeitsverträge, 621.

185 Vergl. zum nämlichen Rechtfertigungsargument beim Gebietsschutz auch hinten 272.

186 Vergl. vorn Bd. 1, 307 f.

187 Einlässlicher vorn Bd. 1, 309; mit sehr ähnlichem Befund SCHLUEP, AVV I, 169.

188 Dies geht namentlich auf die geringe Zahl der Kooperationspartner zurück. (Vergl. vorn Bd. 1, 119).

189 Anders wiederum DERINGER, AVV mit Gebietsschutz, 130 ;undurchsichtig WINKEL 213 und der Entscheid Jallatte/Voss/Vandeputte 154.

Zusammenarbeit für die Rationalisierung oder für die qualitative Verbesserung der Distribution fruchtbar gemacht wird, hat sie auch vertragspolitischen Eigenwert. Durchgängig positiv zu veranschlagen sind die erleichterte *Vorausdisposition und Absatzplanung.*[190] Sie ermöglichen einen optimalen Ressourceneinsatz im Vertragswarenvertrieb.[191]

Als *Negativposten* in der Bilanz sticht natürlich der Ausschluss von Konkurrenten als Direktbezüger heraus.[192] Die Monopolisierung günstigster Beschaffungsbedingungen mag auch gewisse preispolitische Wettbewerbsnachteile mit sich bringen. Errechnet man freilich den *Saldo,* so überwiegen – auch nach "Bereinigung" des ursprünglichen Vorteilkatalogs – noch immer die im Interesse der vertragspolitischen Ziele liegenden Auswirkungen des Alleinvertriebs. Im Einklang mit der Kommission[193] und der im Schrifttum vorherrschenden Überzeugung darf daher gefolgert werden, er bewirke regelmässig eine Verbesserung der Warenverteilung und -erzeugung im Sinne von Art. 85 Abs. 3.

### β) *Verbraucherbeteiligung*

Die Ausbeute der Absatzordnung muss auch zu einer Besserstellung der Abnehmerschaft führen. Im Rahmen der *quantitativen Angemessenheit* hat man vorweg die gebührende Verbraucherbeteiligung an den einzelnen Vorzügen zu untersuchen:[194]

190 Vergl. BENEDICT 193, RENZ 122, BELKE, Geschäftsverweigerung, 216, DERINGER, AVV mit Gebietsschutz, 130 und MARTINO, AVV, 90.

191 Kostenvorteile erbringen auch die herabgesetzten Streuverluste bei den akquisitorischen Bemühungen der Händler. (Vergl. vorn Bd. 1, 141 f.).

192 Zu den Drittausschlüssen als Nachteil im Sinne von Art. 85 Abs. 3 (mit Praxisübersicht) GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 282.

193 In diesem Sinne – neben den im vorstehenden Kontext aufgeführten Einzelfreistellungsentscheiden – auch Art. 1 Abs. 1 lit. a Vo 67/67.

194 Vergl. vorn 234 f.

Ist belegt, dass der Exklusivvertrieb Neumärkte aufschliesst, *verbreitert* er die *produktexterne Angebotspalette* und damit die Beschaffungsvarianten für sämtliche Nachfrager.[195] Vor allem bereichert er den Konsumgüterkorb des Letztabnehmers, der zum Erwerb der Vertragswaren nicht länger auf Privatimporte angewiesen bleibt. Käufern auf allen Wirtschaftsstufen willkommen ist die kontinuierliche *Marktversorgung*. Sie garantiert mithin, dass "in andern Staaten hergestellte Erzeugnisse rascher und bequemer" bezogen werden können.[196] Eng damit verknüpft sind Ausstrahlungen der erleichterten Planung und Vorausdisposition des Herstellers. Der höhere Informationsstand gestattet ihm eine präzisere Auslotung des Bedarfs im Vertragsgebiet. Dies wiederum steuert bei zur Vermeidung von Versorgungsengpässen und zur Abkürzung von Lieferfristen. Aus Abnehmersicht erwünscht ist auch die Rücksichtnahme auf individuelle Marktgegebenheiten. Der Konsument im besonderen kann den Alleinvertreter als Übermittler spezifischer Käuferwünsche vorspannen.

Differenzierter hat man dagegen die Absicherung der *Kundenbetreuung*[197] zu beurteilen. Gebietet die Beschaffenheit der Vertragswaren die Beigabe eines umfassenden Dienstleistungskranzes, stellt eine zielgerichtete Vorsorge in der Tat einen Beitrag zum "technischen Verbraucherschutz" dar.[198] Anders wird die Sachlage, falls die Erzeugnisse auch ohne vor- oder nachverkäuflichen Service zweckdienlich sich verwenden lassen. Hier beengt der Zwang zum Miterwerb des Dienstleistungspakets unnötigerweise die produktinternen Beschaffungsalternativen des Verbrauchers. Die Ausschliesslichkeit der herstellerdiktierten Angebotskonstellation vereitelt einen betreuungsfreien, aber entsprechend billigeren

195 Vergl. auch WINKEL 213 und MARTINO, AVV, 90.

196 So die Standardformel der Kommission. (Vergl. die Einleitung zur Vo 67/67 sowie die Entscheide D.R.U./Blondel 256, Jallatte/Voss/Vandeputte 154 und Omega 26). – Dazu ferner RENZ 124 und DERINGER, Jallatte, 158.

197 Ohne die nachstehenden Vorbehalte z.B. EWALD, AVV, 118, WINKEL 213, RENZ 124 und MARTINO, AVV, 90.

198 Dies geht vor allem *technisch komplexe Problemgüter* an. (Vergl. die Hinweise bei BENEDICT 195 und SCHWANKE 198) – Richtig im Ergebnis Omega 26 f.

Bezug. Die Durchschlagskraft des Kundenfürsorgearguments hängt demnach vom Charakter des vertriebenen Gutes ab.[199]

Diesem Sonderaspekt zum Trotz bleibt im Ergebnis daran festzuhalten, dass die im Rahmen der ersten Freistellungsvoraussetzung ausgemachten Distributionsverbesserungen grundsätzlich auch für die Marktgegenseite lohnend sind. Noch offen ist indessen die Frage nach der *qualitativen Angemessenheit* der Verbraucherbeteiligung.[200] Wie bereits angezeigt, steht die *Preis*diskussion beim Alleinvertrieb im Spannungsfeld zwischen einem wettbewerbstheoretischen und einem distributionswirtschaftlichen Gesichtspunkt. Einerseits deutet auf eine gewisse preispolitische Erstarrung die Tatsache hin, dass der Konkurrenzkampf systemgerecht erst auf einer höheren Preisebene anlaufen kann, weil Wettbewerber des Exklusivvertreters im Vertragsgebiet zu einem um wenigstens eine Handelsspanne verteuerten Preis beziehen müssen.[201] Zum andern führt die mit der Absatzstraffung verbundene Rationalisierung zu einer Herabsetzung der Vertriebskosten.[202] Eine Bewertung der preislichen Folgen ist somit nur im Einzelfall möglich.[203] Aller Regel nach dürften sie einer Freistellung aber nicht entgegenstehen. Denn ungehinderte Parallelimporte sorgen dafür, dass der Alleinhändler sein Direktbezugsmonopol nicht zu einer willfährigen Preispolitik missbrauchen kann.[204]

Ob die Vorteile im Vertikalkanal tatsächlich weitergeleitet werden, ist aufgrund des fortbestehenden *Restwettbewerbs* zu entscheiden. Bei der einfachen Alleinvertriebsklausel hängt alles von der Marktposition des bindenden Herstellers und von der Ubiqui-

199 Vergl. hiezu auch die Diskussion über die marktstufenindifferenten Warenlaufbindungen hinten 302 f. Fn. 436.

200 Über die nachfragerorientierte Saldobilanz vorn 235.

201 Europaweit einheitliche Werkabgabepreise unterstellt.

202 Preissenkungen signalisieren z.B. SCHWANKE 198 und die Kommission in den Entscheiden Jallatte/Voss/Vandeputte 154 f. und D.R.U./Blondel 256.

203 Gl.M. wohl WINKEL 214 und RENZ 124.

204 Vergl. D.R.U./Blondel 256, Jallatte/Voss/Vandeputte 155 sowie SCHWANKE 198.

tät ab. Hinlängliche Intra-brand-Konkurrenz ist gewahrt, da im Netzinnern offene Grenzen bestehen und Vertragswaren aus fremden Revieren in die Schutzzone des Exklusivhändlers einströmen können.[205] [206]

### γ) *Unerlässlichkeit*

Im Zusammenhang mit der ersten Negativvoraussetzung von Art. 85 Abs. 3 hat man nun auszumitteln, ob sich Distribution und Produktion nicht gleicherweise unter Verzicht auf die Exklusivbeschränkung verbessern liessen. Die Frage wird von der Lehre und der Kommissionspraxis ohne nähere Alternativenprüfung bejaht.[207] Wiewohl ihnen im Ergebnis zuzustimmen ist, drängt sich eine Klarstellung insbesondere unter dem Aspekt der *Anwendung schonendster Mittel* auf.[208]

Nicht ohne weiteres einsichtig erscheint die Unerlässlichkeit des Alleinvertriebs nämlich bezüglich der Auswirkungen auf Marktversorgung, Markterschliessung, Qualität der Distribution und Verkaufsplanung. Die geschilderten Vorzüge wurzeln in der extremen Funktionsausgliederung auf die nachgehende Wirtschaftsstufe. Theoretisch vermöchte der Hersteller diese Vertriebsleistungen nun auch mit einem Bündel von *Angebotsgestaltungsbindungen* (Pflichten zu Werbung, Garantiediensten, Information und Kooperation usw.) zu erzwingen. In objektiver Bewertung der Interessenlagen

205 Vergl. hinten 256 – Hinreichenden Wettbewerbsdruck hat die Kommission ausgemacht in den Entscheiden Goodyear/Euram 12, Duro-Dyne/Europair 13 und Jallatte/Voss/Vandeputte 155.

206 Eine angemessene Verbraucherbeteiligung bejahen im übrigen auch BEIER 87, MÜLLER-FEMBECK 123, SCHULTE-MÄTER 17 f., BENEDICT 194 f., SCHWANKE 199 und SCHRÖTER 117.

207 Symptomatisch etwa BENEDICT 195, RENZ 126, SCHWANKE 199, WINKEL 214 f., SCHRÖTER 117 und BEIER 87 (gar mit Warnung vor übereifrigen Untersuchungen); aus der Rechtsprechung Duro-Dyne/Europair 13, D.R.U./Blondel 256 und Jallatte/Voss/Vandeputte 155. – Einlässlichere Erörterungen wünscht sich (im Zusammenhang mit dem letztgenannten Urteil) auch DERINGER, Jallatte, 158.

208 Zu den einzelnen Elementen des Unerlässlichkeitstests vorn 237.

ist indessen zu bedenken, dass Einfuhrhändler ohne Zusicherung des Direkteinkaufmonopols sich kaum zu ihrer Übernahme bereit fänden.[209] Das Privileg des unmittelbaren Produzentenbezugs wird sodann zum (einzig möglichen) Entgelt für die Besorgung jener Absatzaufgaben, die gerade die erwünschten Vorteile der Vertriebsorganisation ausmachen.[210] Aus diesem Grund steht auch kein wettbewerbsschonenderes Mittel zur Absicherung der erforderlichen Vertikalkooperation zur Verfügung.[211] [212]

δ) *Nichtausschaltung wesentlichen Wettbewerbs*

Ob trotz des ausschliesslichen Verkehrs mit der Erstabnehmerschaft das in Art. 85 Abs. 3 lit. b verlangte Wettbewerbsminimum herrsche, kann nur eine Untersuchung der gesamten Marktverhältnisse aufdecken. Dazu ist einmal die *produktexterne Konkurrenzlage* zu erforschen.[213] Aufschluss vermittelt vorab der

209 Ebenso die Kommission im Entscheid Campari 76.

210 An dieser Stelle sei der nach der hier vertretenen Auffassung entscheidende Unterschied zwischen den Alleinvertriebs- und den marktstufenindifferenten Warenlaufbindungen in der Frage der *Funktionsabgeltung* angezeigt. Beim *Alleinvertrieb* (als Organisationsprinzip der ersten Absatzwegetappe) lassen sich die Kosten des Leistungsaufwandes nicht auf den Konsumenten überwälzen. Die vom Exklusivvertreter versehenen Funktionen (Werbung, Marktforschung usw.) können der Natur der Sache nach nicht zum Gegenstand eines eigenständigen Austauschgeschäftes gemacht werden. Anders gestaltet sich die Sachlage bei der kundendienstpolitischen Händlerauslese im Rahmen der *zweiten Warenlaufetappe*. Hier bedarf es zur Vergütung der Betreuungsaufgaben nicht des Verkaufsmonopols, weil die organisatorische und erwerbswirtschaftliche Ausgliederung des Dienstleistungsbereichs möglich ist. (Dazu ausführlich hinten 304 f.).

211 Vergl. auch D.R.U./Blondel 256 und Duro-Dyne/Europair 13.

212 Dem Alleinvertrieb kann auch keine *Disproportionalität* in der Mittel-Zweck-Verbindung angelastet werden. Den beachtlichen integrationsfördernden Erfolgen stehen deshalb keine unverhältnismässigen Wettbewerbseinbussen gegenüber, weil die Abrede nur den Direkteinkauf, nicht aber den Vertragswarenabsatz monopolisiert. (Vergl. die Hinweise der Kommission in den Entscheiden Omega 26, Jallatte/Voss/Vandeputte 155 und D.R.U./Blondel 256).

213 Sie bildet auch in der Kommissionspraxis primäres Untersuchungsthema. (Vergl. Goodyear/Euram 12, Campari 76, D.R.U./Blondel 256, Duro-Dyne/Europair 13,

Marktanteil des Produzenten.[214] Nimmt dieser eine beherrschende Stellung ein, wird das Vertragswerk oftmals an der letzten Freistellungshürde scheitern, weil Alleinvertrieb einen Transmissionsriemen für die Übertragung der Marktmacht in das Zwischenhandelsgefüge darstellt.[215] Mitzuberücksichtigen ist aber stets auch die Streuung der Absatzexklusivität in der Branche. Sie entscheidet über die Zugänglichkeit der Herstellerstufe für neuzuziehende Händler.

Wie bei jeder Vertikalintervention muss zudem ein ausreichender *Restwettbewerb im Netzinnern* walten, wobei besonderes Augenmerk der Preiskonkurrenz zu gelten hat.[216] Mit Blick auf die Beschränkungstypologie wird man der Alleinvertriebsklausel die Aufrechterhaltung eines solchen produktinternen Wettbewerbsminimums zugestehen müssen. Sie verschafft dem Gläubiger zwar ein räumlich ausgestecktes Vorrecht der Direktbelieferung, schirmt darüber hinaus das Vertragsgebiet aber nicht vor Kreuzverkäufen ab.[217] Gerade diese Parallelversorgung verhindert auch eine Lahmlegung der pretialen Auseinandersetzung.

Jallatte/Voss/Vandeputte 155 sowie den Entzugsvorbehalt in Art. 6 lit. a Vo 67/67) – Aus der Literatur BENEDICT 195 f. und RENZ 127.

214 Vergl. RENZ 127, TESSIN, AVV, 130 und SCHWANKE 201.

215 Vergl. den Hinweis bei WINKEL 214. – Gegen ein generelles Verbot der Ausschliesslichkeitsbindungen marktmächtiger Unternehmen BEIER 87.

216 Darüber vorn 241 f.; richtig daher die Androhung einer Entzugsentscheidung bei "unverhältnismässig hohen Preisen" in Art. 6 lit. c Ziff. 2 Vo 67/67.

217 Mit besonderem Nachdruck verweist auch die Kommission auf ungehinderten Übergrenzverkehr als Garanten der Nichtbeseitigung wesentlichen Wettbewerbs. (Vergl. die Einleitung zur Vo 67/67, Omega 28, Jallatte/Voss/Vandeputte 155, Goodyear/Euram 12, Campari 76, Duro-Dyne/Europair 13 und D.R.U./Blondel 256) – Ebenso SCHWANKE 202 und BENEDICT 195 f.

bb) Bezugsbindungen betr. Fremdwaren[218]

*a) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, Förderung technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts*

Den Bezugsexklusivitäten wird gemeinhin zugutegehalten, sie bewegten den Schuldner zu ausserordentlichen Verkaufsanstrengungen, versorgten besser die Märkte, förderten die Kundenbetreuung, sicherten dem Hersteller Investitionen im Absatzkanal ab und verschafften den Beteiligten sowohl Kosten- wie Planungsvorteile. Wettbewerbstheoretisch seien sie deshalb willkommen, weil sie Kleinherstellern den Markteintritt leichter machten und hiedurch die Konkurrenz belebten.[219] Freistellungsrechtlich ist nun wieder zu fragen, was von diesen belobten Vorzügen auch integrationspolitisch ausstrahle und unmittelbar auf die Ausschliesslichkeitsabreden zurückgehe.

Auszugehen hat man von der Einschnürung der Angebote beim pflichtigen Händler. Sie tritt vor allem stetig schwankenden Umsatzverzettelungen entgegen und erwirkt einen regelmässigeren Bestellungseingang aus dem Netz. Ein derart *ausregulierter Warenfluss* kann in quantitativer Hinsicht Distribution und Erzeugung förderlich sein. Er erleichtert die Vertriebsplanung[220] und sorgt für eine konstantere Marktversorgung.[221] Beides kann wiederum auf die Kostenrechnung zurückschlagen. Die beständigen Abnahmequoten erlauben Einsparungen bei Lagerhaltung, Verkauf und

218 Zu den Bezugsbindungen betr. Vertragswaren hinten 283 f.; die folgenden Ausführungen gelten vor allem Fremdwarenbezugsbindungen für Konkurrenzerzeugnisse.

219 Vergl. AREEDA 636 f., LOCKART/SACKS 926 f., SCHULTE-MÄTER 107 f., SANDROCK, Grundbegriffe, 428 f., NEALE 206 f.; dazu 7. Wettbewerbsbericht 24 f. sowie die Entscheide BMW 7, Goodyear/Euram 12 und Campari 75 f.

220 Ebenso SANDROCK, Grundbegriffe, 428, NEALE 206 und 7. Wettbewerbsbericht 24.

221 Goodyear/Euram 12, Campari 75 und 7. Wettbewerbsbericht 24.

Fertigung.[222] All das wird man als im Sinne der Vertragsziele erwünschte Folgewirkungen ansehen dürfen.[223]

Nichts anderes gilt für die zu erwartenden qualitativen Absatzverbesserungen. Die Sortimentsstraffung zwingt den Händler zu besonderer Pflege des Vertragswarenabsatzes, da sein eigenes unternehmerisches Schicksal an dasjenige der Exklusiverzeugnisse gekettet wird.[224] Diese herstellergesteuerte Interessenverschmelzung prägt den akquisitorischen Einsatz der Verteilerorganisation. Nun ist aggressives Händlermarketing nicht zwangsläufig von allgemeinem Interesse.[225] Doch werden gesamtwirtschaftliche Bezüge erkennbar, falls damit eine aufmerksamere *Kundenbetreuung* und sorgfältigere *Kundendienstleistungen* einhergehen.[226] Einen Sonderaspekt der Qualitätsfürsorge betrifft die *Ersatzteilversorgung* bei langlebigen technischen Problemgütern. Man weiss um das Problem: Der Einbau minderwertiger Ersatzteile kann Funktionstüchtigkeit und Betriebssicherheit der Erzeugnisse bedrohen.[227] Dem beugt die Verpflichtung vor, (alle oder bestimmte) Teile nur "original", d.h. bei autorisierten Lieferern einzukaufen. Auch die Aus-

222 Vergl. insb. AREEDA 636; gl.M. SANDROCK, Grundbegriffe, 428, NEALE 206 und 7. Wettbewerbsbericht 24.

223 Dagegen sind keine gesamtwirtschaftlichen Belange berührt, soweit Bezugsbindungen lediglich *Herstellerinvestitionen* im Händlerbetrieb *absichern* sollen. (A.M. offenbar RABELS 225; vergl. zu dieser Zielrichtung der Vertikalintervention ferner SCHULTE-MÄTER 108 und AREEDA 637).

224 "One of the most persistant impulses toward exclusive dealing is the seller's desire to have the exclusive benefit of a dealer's energies. When a dealer's fortune depends entirely on the success of a single product or a single brand, he will promote that product or brand intensively." (AREEDA 636) Im gleichen Sinne Jallatte/Voss/Vandeputte 154. – Ausführlich dazu auch vorn Bd. 1, 120 f.

225 In dieser Beziehung missverständlich Campari 75; sehr klar dagegen AREEDA 636.

226 Vergl. HAGENAUER 123 f. und Goodyear/Euram 12.

227 Vergl. etwa die Problemsichtungen bei SCHIEFER 90 f., SCHWARTZ, Kommentar, 49, SCHMITT 205 f., MÖHRING, Zubehörhandel, 537 f., HAGENAUER 138 f., SCHULTE-MÄTER 70 f., DERLEDER 247 f. und BUSSMANN 131 f. (insb. zu warenzeichenrechtlichen Sonderfragen).

schliesslichkeit im Ersatzteilbezug ist somit für eine Verbesserung der Warenverteilung nach Art. 85 Abs. 3 gut.[228]

Schwerer fällt die Beurteilung der wettbewerbstheoretischen Argumente. Nicht gehört zu werden braucht – aus den bekannten Gründen[229] – die Beschwörung der Konzentrationsgefahr.[230] Dagegen ist näher auseinanderzusetzen, ob von der Beschaffungsexklusivität womöglich konkurrenzfördernde Wirkungen auszugehen vermögen. Namentlich in Abhandlungen zum amerikanischen Antitrust-Recht vernimmt man immer wieder, sie verdichte den produktexternen (oder gar den produktinternen) Wettbewerb.[231] Schlecht verständlich ist zunächst das Argument der *Förderung von intrabrand competition.*[232] Die hier in Rede stehende Bezugsklausel normiert lediglich den Fremdwareneinkauf. Aus Netzinnensicht nimmt sie sich daher wettbewerbsneutral aus.[233] Nur im Einzelfall und mit Blick auf die individuelle Marktkonstellation lässt sich über die *produktexternen Konkurrenzfolgen* rechten. Liegen verkalkte oligopolistische Marktstrukturen (insb. unter der Herrschaft vertikal durchintegrierter Hersteller) vor, mag die Bezugsbindung Kleinunternehmen und Neukonkurrenten die Aufnahme des Konkurrenzkampfes erleichtern.[234] Unter andern

228 Ebenso GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 188 f., HAGENAUER 150 und BMW 7.

229 Vergl. vorn Bd. 1, 307 f.

230 So aber vor allem die berühmte Dissenting Opinion von Justice DOUGLAS im Standard Stations-Fall. (NEALE 207).

231 Besonders klar herausgezeichnet bei SCHULTE-MÄTER 60; vergl. ferner die Übersichten zur US-Rechtsprechung über "Exclusive dealing" bei MAYERLE 120 f., SCHMIDT 318 f., NEALE 202 f. und AREEDA 634 f.

232 Vergl. SCHULTE-MÄTER 60 f. (offenbar ebenfalls im Zusammenhang mit der Konzentrationsphilosophie).

233 Weder schreibt sie einen bestimmten Parametereinsatz vor noch nimmt sie auf die Verteilungsdichte Einfluss.

234 Vergl. – mit weiteren Hinweisen – SCHULTE-MÄTER 107. – Zur Marktzutrittserleichterung auch MESTMÄCKER, Ausschliesslichkeitsverträge, 621, NEALE 211, AREEDA 637 und die Kommission im 7. Wettbewerbsbericht 24 f.

Marktbedingungen wendet sich hingegen die wertungsentscheidende Interessenlage. Hier kann die Marktabschliessung gerade in den Bezugsexklusivitäten ihre Wurzel haben. Sind diese nämlich branchenweit gestreut, finden zutrittswillige Produzenten versperrte Stufenmärkte vor. Im Ergebnis gleichen sich die Schlussfolgerungen bei Absatz- und Bezugsausschliesslichkeit damit in auffälliger Weise:[235] Sonderfälle einer eigentlichen Markterschliessung sind beachtlich. Darüber hinaus besteht indessen kein Anlass, sich von ihnen generell eine Wettbewerbsbelebung zu versprechen.[236]

Den Vorteilen sind nun in der Gesamtabrechnung die *Nachteile* der Bezugsklausel gegenüberzustellen. Negativ zu Buche stehen in erster Linie die Drittbehinderungen, d.h. die Fernhaltung der Konkurrenzhersteller. Dieser Alternativenverlust ist aus zwei Gründen von besonderem Gewicht: Einmal ist die Aussperrung eine totale; sie lässt sich nicht – wie beim Analogon im Absatz – mittels Parallelimporten "aufweichen". Zudem verhindert sie produktexterne Konkurrenz gerade dort, wo deren Ausschöpfung dem Nachfrager am leichtesten fällt, nämlich im einzelnen Händlersortiment.[237] Ob sich trotz dieser Wettbewerbsschäden in der *Saldobilanz* ein Aktivenüberschuss einstellt, kann nur von Fall zu Fall entschieden werden und hängt von der Bedeutung der auf den Ausschliesslichkeitsverkehr zurückgehenden Verbesserungen in der Warenverteilung ab.[238]

235 Vergl. vorn 249 f.

236 In der europäischen Praxis ist bei Bezugsexklusivitäten jedenfalls wettbewerbspolitisch vordringlicher, einem Verschluss der Zwischenhandelsstufen entgegenzuwirken.

237 Offensichtlich aus diesem Grunde liess die Kommission das (zusätzlich preisgebundene) Liebig-Vertriebssystem bereits an der ersten Freistellungsvoraussetzung scheitern. (Gewürze 25) – Vergl. dazu auch hinten 261 f.

238 Vergl. den positiven Saldo in den Entscheiden BMW 7, Goodyear/Euram 12 und Junghans 15 (mit Verweis auf die Vo 67/67), den negativen im Gewürze-Urteil 25.

### β) *Verbraucherbeteiligung*

Die einzelnen mittels Bezugsbindungen realisierten "Gewinne" müssen auch der Marktgegenseite zugutekommen. Die treffsicherere Vorausplanung und die Beständigkeit im Geschäftsverkehr verbessern die produktinterne Versorgungslage der Nachfrager.[239] Beim Vertragswareneinkauf können sie mit vollständigen Herstellersortimenten, aufgefüllten Lagern und kürzeren Lieferfristen rechnen. Öffnet die Exklusivklausel den Marktbeitritt, werden Abnehmer die Ausweitung des Güterangebots begrüssen. Ausserdem darf der Konsument als Folge des dynamischen Verkaufseinsatzes der Händler darauf zählen, dass ihm mit besonderer Aufmerksamkeit aufgewartet wird. Das *Kundendienstargument* dagegen überzeugt erneut nur im Vertrieb anspruchsvoller und wartungsbedürftiger Erzeugnisse.[240] Unter dem gleichen Vorbehalt wird man auch eine bezugsgebundene *Ersatzteilversorgung* als verbraucherfreundliche qualitätspolitische Vorkehr werten dürfen.[241] Bei andern Gütern ist dagegen stets zu prüfen, ob nicht die produktinternen Einkaufsalternativen (in der Variation von Dienstleistungen und Preis) aus dem Gesichtswinkel des Konsumenten unerwünscht erstarren.[242]

In der Frage der *qualitativen Angemessenheit* stechen als Kundennachteile sofort die *eingeengten Sortimente* ins Auge. Die Bezugsausschliesslichkeit unterbindet die effektvolle sortimentsinterne interbrand competition.[243] Dem Käufer wird hiedurch der unmittelbarste Produktevergleich vorenthalten. Bei beratungsbedürftigen Artikeln ist zudem ein neutraler Auslesevorgang erschwert. Einproduktehändler sind allenthalben befangen, weil sie

239 Vergl. Campari 76.

240 Richtig im Ergebnis (für die Automobilbranche) BMW 8.

241 Gl.M. HAGENAUER 150; vergl. auch GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 188 f. und BMW 8.

242 Vergl. vorn 252 f.

243 Dieser Gesichtspunkt war (neben der Ausschaltung des Preiswettbewerbs) im Gewürze-Fall (25) entscheidungsrelevant.

unter Zwang stehen, um jeden Preis die eigenen Vertragswaren zu favorisieren.[244] Dagegen verursachen Bezugsbindungen *keine Preisverzerrungen* im Netzinnern. Anders als beim Alleinvertrieb werden niemandem Beschaffungsvorteile zugestanden. Wettbewerbstheoretisch darf ihnen mithin keine preistreibende Wirkung im Absatz der Vertragserzeugnisse angelastet werden.[245] Preispolitische Bedenken rufen allerdings die Bezugsklauseln für *Ersatzteile* wach. Die engen sachlichen Marktgrenzen verschaffen dem autorisierten Lieferantenkreis eine Monopolposition. Auch unterliegen Ersatzteile nur in begrenztem Masse einem über den Neuwarenhandel regulierten Preiswettbewerb.[246] Angesichts dieser besonderen Konkurrenzverhältnisse ist die Gefahr von Preismissbräuchen offenkundig.[247]

Zieht man nach all dem im Verbraucherinteresse *Bilanz*, stehen gewichtige Aktiv- gewichtigen Passivposten gegenüber: Hier gesicherte Bedarfsdeckung, womöglich angereicherte Güterkörbe und technische Betreuung; dort ein vereitelter Produktevergleich im Verteilersortiment, möglicherweise festgefahrene Vertragswarenangebote und Preisauswüchse im Ersatzteilsektor. Wie der Saldo ausfallen muss, kann nur im Einzelfall – vor allem mit Blick auf die erzeugnisspezifischen Eigenheiten – bestimmt werden.[248]

Ist ein allfälliger Vorteilsüberschuss errechnet, muss hinreichender Konkurrenzdruck dessen *Weiterleitung* verbürgen. Nicht bedroht ist das produktinterne Wettbewerbsminimum. Fremdwa-

244 Vergl. in diesem Zusammenhang auch die Vorbringen der Klägerin im Metro-Urteil (1885).

245 Im Einzelfall mögen Rationalisierungsgewinne das Angebot sogar vergünstigen. (SANDROCK, Grundbegriffe, 428).

246 Näheres über Marktabgrenzung und Wettbewerbssituation im Ersatzteilvertrieb hinten 268 f.

247 Vergl. auch die Ausführungen der schweizerischen Kartellkommission in VSKk 1978, 219.

248 Vergl. die (freilich wenig substantierte) Bejahung der Verbraucherbeteiligung in den Entscheiden Goodyear/Euram 12, BMW 8, Campari 76 und Junghans 12; anders Gewürze 25.

renausschliesslichkeit lässt dem Warenaustausch im Netzinnern freien Lauf. Dagegen hat man die Reichweite der produktexternen Konkurrenzstörung zu beachten.[249] Mit zunehmenden exklusivvertraglich abgebundenen Marktanteilen schwinden die Absatzalternativen der aktuellen und wachsen die "market entry barriers" der potentiellen Lieferanten. Erreicht die Monopolisierung in den Zwischenhandelsstufen einen bestimmten Umfang, erscheint der Weiterleitungszwang nicht mehr gewährleistet.[250]

### γ) *Unerlässlichkeit*

Angesichts der beträchtlichen Vorbehalte, die bereits im Rahmen der beiden positiven Normvoraussetzungen offenbar wurden, muss das Ergebnis der Unerlässlichkeitsprüfung in besonderem Masse interessieren. Wiederum erstaunt, wie wenig der Kommissionspraxis zum Problem abzugewinnen ist.[251] Vorab vermisst man eine Auseinandersetzung mit dem hier besonders aktuellen *Grundsatz des schonendsten Mittels.* Wie nachfolgend erläutert wird, lässt Bezugsexklusivität sich nämlich meistenteils durch eine "mildere" Form der Vertikalintervention ersetzen.

Die *quantitativen Distributionsverbesserungen* wurzeln im beständigen Vertragswarenstrom und in den verbesserten Planungsvorlagen. Ein regelmässiger Bestellungseingang ist nun aber auch innerhalb des kaufvertraglichen Regelungskomplexes realisierbar, indem der Händler zu angemessenen *Mindestabnahmen* (pro Zeiteinheit) angehalten wird. Solche Mengenbezugsbindungen verschaffen der herstellerischen Absatz- und Fertigungsplanung gar noch zuverlässigere Rahmenbedingungen, weil nicht bloss das Lie-

249 Hinlängliche Inter-brand-Konkurrenz hat die Kommission in den Fällen BMW (8), Goodyear/Euram (12) und Campari (76) ausgelotet.

250 Zutreffend die Kommission im 7. Wettbewerbsbericht 25; vergl. auch hinten 267.

251 Sie begnügt sich meist mit einem Hinweis auf Absatzkonzentration und -förderung. (Vergl. etwa Goodyear/Euram 12, Campari 76, Jallatte/Voss/Vandeputte 155, Junghans 16).

fermonopol, sondern festgeschriebene Einkaufsquoten in Anschlag gebracht werden können. Neben der Abnahmeklausel sind als weitere Ersatzabreden Pflichten zu Vorausdisposition, Marktinformation und Marktbeobachtung aufzuführen.

Somit bleibt fraglich, ob nicht die auf die ausgeprägten Verkaufsbemühungen des Netzes zurückgehenden *qualitativen Vorzüge* der Warenverteilung sich nur mittels Bezugsausschliesslichkeiten erzielen lassen. Auch in akquisitorischer Hinsicht wird man indessen die Unerlässlichkeit verneinen müssen.[251a] Das Vertriebsverhalten des Händlers ist durchaus mit andern Vertikalvorkehren steuerbar. Vor allem können *marketing-politische Bindungen* (mit präzisen Weisungen über den gewünschten Parametereinsatz) einspringen. Der Hersteller mag im einzelnen Sonderleistungen in Bedienung und Beratung, eine aggressive Werbestrategie oder sorgfältige Kundendienste verlangen. Werden diese Marketing- mit Mindestabnahmepflichten verknüpft, darf vom diktierten Einkaufsvolumen ein zusätzlicher Ansporn im Verkaufsmanagement erwartet werden.

Man erkennt den eindeutigen Befund: Bezugsbindungen sind im Regelfalle[252] nicht unentbehrlich, weil sie sich gegen ein Bündel wettbewerbsneutraler Eingriffe austauschen lassen. Kommt dazu, dass weiter deren *Verhältnismässigkeit* in Zweifel zu ziehen ist. Bekanntlich kann ein etwaiger Aktivsaldo (insb. in der nachfragergerichteten Bilanz) kaum hoch ausfallen. Stellt man ihm die erheblichen Wettbewerbseinbussen an die Seite, dürfte häufig auch eine Disproportionalität in der Mittel-Zweck-Relation zutage treten.[253] [254]

251a Vergl. dazu auch SCHÜLLER, Vermachtungserscheinungen, 209 f.

252 Einen Ausnahmesachverhalt mag etwa das Eindringen in *oligopolistisch strukturierte Märkte* darstellen, wenn Neulingen (neben der Absatzförderung) gerade daran gelegen sein muss, dass die Erzeugnisse der starken marktpräsenten Hersteller nicht in den eigenen Verteilerstellen auftreten, sei's auch nur, um deren uferlosen Ausweitung der Distributionsdichte einen Riegel zu schieben.

253 Vergl. die ähnlichen Bedenken bei KNOLL 157. – Nach all diesen Ausführungen wird man die von der Kommission verfolgte Wettbewerbspolitik ablehnen müssen, Bezugsklauseln (im Rahmen von Alleinvertriebsverträgen) in der Gruppe freizusprechen. (Vergl. Art. 1 Abs. 1 lit. b Vo 67/67; dazu vorn 225).

Sonderaspekte der Unerlässlichkeitsprüfung eröffnen sich bei der *bezugsgebundenen Ersatzteilversorgung.*[255] [255a] Oftmals wird vorgebracht, Betriebs- und Verkehrssicherheit technischer Problemwaren seien nur gewährleistet, falls der Hersteller die exklusive Verwendung seiner Ersatzteile vorschreibe.[256] Nun wird man mit guten Gründen unterstellen dürfen, es könne ein Produzent nicht jedem Einbau minderwertiger Teile zusehen. Doch wird sofort fraglich, ob die (an sich erforderlichen) qualitätspolitischen Massnahmen nur mittels Ausschliesslichkeitsbindungen vollziehbar seien. Dagegen sprechen einmal die Realien. So hat das Bundeskartellamt in seinen Untersuchungen über die Automobilbranche einen beträchtlichen Teil (offenbar ebenfalls funktionstauglicher) nicht-exklusiver Versorgungssysteme ausgemittelt.[257] Für eine

254 Nichts am wettbewerbspolitischen Ergebnis ändert der *Zustimmungsvorbehalt* für Fremdwarenbezüge, weil er nur den formalen wertungsentscheidenden Anknüpfungspunkt verschiebt. Mithin wird alles von der Zustimmungspraxis abhängig. Das Placet darf eben nur in jenen Sonderfällen verweigert werden, in denen auch die Unerlässlichkeit dargetan ist. In diesem Lichte erscheint vorerst auch eine Klausel unbedenklich, die ein Verweigerungsrecht aus "sachlich gerechtfertigten Gründen" enthält. (Vergl. BMW-Entscheid 2) Gerechtfertigt ist allerdings nur das Verbot eines Produzenten, der auf die Bezugsausschliesslichkeit nicht verzichten kann. (Fragwürdig daher die Begründung eines Herstelleranspruchs auf händlerische Sortimentserweiterung mit denjenigen Erzeugnissen, die den Vertragswarenvertrieb "am wenigsten stören";vergl. BMW-Entscheid 8).

255 Vergl. zum folgenden auch die in Fn. 227 aufgeführten Quellen.

255a An dieser Stelle möchte ich meinem langjährigen Freund, Dr. DANIEL JUILLERAT herzlichst danken. Er hat sich der dornenvollen Aufgabe unterzogen, den in technischen Belangen nicht überaus begabten Verfasser auf gewisse, für die nachstehenden Erörterungen belangvolle Zusammenhänge aufmerksam zu machen. Ausserdem hat er den Aufwand nicht gescheut, sich in die zur Debatte stehende Problemlage einzuarbeiten und selber mit konstruktiven Lösungsvorschlägen aufzuwarten.

256 Vergl. etwa HAGENAUER 137 f., MÖHRING, Zubehörhandel, 539 f., das "Original-Ersatzteil-Urteil" des deutschen Bundesgerichtshofes (WuW/E 509, 515) sowie den amerikanischen Entscheid Pick Manufacturing v. General Motors (SCHULTE-MÄTER 115).

257 Lediglich 17 der 30 untersuchten Hersteller praktizierten in Deutschland ausschliesslichen Ersatzteilbezug. (Vergl. SCHMITT 206 f.) – Branchenweite Exklusivbindungen hat dagegen die Kartellkommission auf dem Schweizer Markt festge-

grundsätzliche Klärung der Unerlässlichkeit muss zunächst bestimmt werden, ob Dritte überhaupt qualitativ gleichwertige Teile zu fertigen imstande sind.[258] Dies ist ganz zweifelsfrei den Zulieferern des Herstellers zuzutrauen. Ebensowenig besteht indessen Anlass, Nachbauern im vornherein Bereitschaft und Fähigkeit zur Einhaltung des Originalstandards abzusprechen.[259] Folgerichtig erweisen sich Qualitätsvorkehren allenfalls im Bereich der Einbauüberwachung als notwendig. Doch auch unter diesem Aspekt bedarf es keines Exklusivverkehrs. An dessen Stelle kann eine netzweit durchgesetzte *Qualitätskontrolle* treten.[260] Drei Spielformen sind denkbar: Als Prüfungsinstanz drängte sich in erster Linie der Produzent selber auf. Ihm hätte jeder Nachbauer die Teile vorzulegen; bei bestandenem Test wäre ein Qualitätsstempel auszustellen. Die gleichen Begutachtungsfunktionen könnten (nach Vorlage des Herstellerwerkes) einer neutralen staatlichen Kontrollstelle überbunden werden.[261] Endlich mag gar ein Verbot an den Händler ausreichen, Ersatzteile von niedrigerer Güteklasse einzubauen.[262] Angesichts dieser wirksamen[263] qualitätspoliti-

stellt. (VSKk 1978, 150) Damit wird allerdings weniger deren produktspezifische Notwendigkeit bewiesen als die kartellfreundliche Tradition und Gesetzgebung dieses Landes.

258 Vergl. zur Fragestellung auch MESTMÄCKER, Ausschliesslichkeitsverträge, 625 und SCHIEFER 91.

259 Gl.M. SCHMITT (210) und die Schweizerische Kartellkommission (VSKk 1978, 224). – Dies gilt in Sonderheit für die Zulieferer von Konkurrenzherstellern oder für diese selber. (Beispiele zur Nachahmerstellung von Automobilproduzenten in VSKk 1978, 99).

260 Für Ersetzbarkeit von Bezugsbindungen durch Qualitätsvorschriften und -überwachung auch SCHULTE-MÄTER 71 und SCHMITT 210. – Vergl. ferner DERLEDER 248, SCHIEFER 91 f. und MESTMÄCKER, Ausschliesslichkeitsverträge, 625.

261 Favorisiert wird diese Variante z.B. von der Schweizerischen Kartellkommission. (VSKk 1978, 224).

262 Damit begnügt sich z.B. die Firma BMW (BMW-Entscheid 2); richtig daher das Unerlässlichkeitsattest der Kommission (a.a. O. 8). – Immerhin erscheinen Zweifel an der Befähigung des Einzelhandels nicht unberechtigt, die qualitative Beschaffenheit von Ersatzteilen in jedem Falle zuverlässig zu prüfen.

schen Ausweichvarianten erübrigen sich Bezugsbindungen sonach auch im Vertrieb von Ersatzteilen.[264]

δ) *Nichtausschaltung wesentlichen Wettbewerbs*

Obzwar eine Rechtfertigung der Bezugsklausel regelmässig (spätestens) am Übermassverbot scheitert, soll die letzte Freistellungsvoraussetzung nicht unerörtert bleiben. Besinnt man sich auf die typischen Konkurrenzwirkungen,[265] ist sogleich die Frage nach den *produktinternen Wettbewerbsverhältnissen* beantwortet: Bezugsexklusivität für Fremdwaren wirkt lediglich auf interbrand competition ein, belässt dem Schuldner aber jede Freiheit in An- und Verkauf der Vertragserzeugnisse. Der Konkurrenz im Netzinnern kann daher keine Gefahr drohen. Das *produktexterne Wettbewerbsminimum* dagegen hat man im Einzelfall aufgrund der Absatzalternativen der (aktuellen und potentiellen) Gläubigerkonkurrenz zu bestimmen.[266] Diese wiederum sind abhängig von dem in der herstellerischen Ausschliesslichkeitsordnung festgebundenen Marktanteil[267] und von der branchenweiten Bündelung der Bezugsabsprachen.[268] [269]

263 Dem Wettbewerbsschutz zuliebe muss auch der erhöhte administrative Kontrollaufwand hingenommen werden. (Gl.M. SCHMITT 210).

264 A.M. HAGENAUER 150. – Unergiebig zum Problem GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 188 f.: Sie bedienen sich einer augenfälligen Leerformel, wenn sie eine Bezugspflicht für Originalteile tolerieren wollen, "soweit das aus technischen Gründen oder zur Wahrung des Qualitätsstandards nötig ist." (Ähnlich ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 196 f.).

265 Vergl. vorn Bd. 1, 277 f.

266 Vergl. auch WINKEL 214 und SANDROCK, Grundbegriffe, 500 resp. 502.

267 In den Fällen Gewürze und Billiton hatte sich die Kommission einer Rechtfertigung bei Marktanteilen von 35 bzw. 17% widersetzt. (7. Wettbewerbsbericht 25) – In diesem Sinne auch ihre Bekanntmachung über die Revision der Vo 67/67 (ABl. Nr. C 31 vom 7.2.1978, 3): Art. 3 lit. d sieht lediglich eine Gruppenfreistellung für Marktanteile von weniger als 15% vor.

268 Zutreffend die Kommissionsbekanntmachung, a.a. O., 3. (Vergl. insb. auch Art. 5 lit. b des Entwurfs).

Der Vollständigkeit zuliebe ist schliesslich auf die Wettbewerbskonstellation bei *exklusivvertraglichem Ersatzteilvertrieb* aufmerksam zu machen.[270] Im Streite liegt bekanntermassen die sachliche Marktabgrenzung. Richtiger Ansicht nach hat man – aus dem Blickwinkel der funktionalen Austauschbarkeit[271] – jedem Produzenten einen eigenen relevanten Ersatzteilmarkt zuzuordnen.[272] Dem wird freilich nicht selten entgegengehalten, die Preispolitik im Ersatzteil- sei über den Neuwarenhandel kontrolliert.[273] Diese Einheitsmarktthese vermag aber nach dem neusten Erkenntnisstand nicht zu überzeugen. Den beschränkten Einfluss der Ersatzteilpreise auf den Absatz der Fertigprodukte belegen die Ergebnisse jüngerer Realienforschungen. Die Schweizerische Kartellkommission etwa hat in ihrer Erhebung ein beträchtliches Preisgefälle ohne jeden erkennbaren Rückschlag auf die "sales volumes" aufgedeckt.[274] Bemerkenswert ist im Kontext ferner, dass einzelne Hersteller mit gleichen Verkaufserfolgen offensichtlich eine räum-

269 Auf genüglichen Restwettbewerb erkannte die Kommission in den Entscheiden BMW 9, Goodyear/Euram 12, SABA 28, Junghans 16 und Jallatte/Voss/Vandeputte 155.

270 Was folgt, betrifft zumal den Automobilabsatz.

271 Darüber vorn 239 f.

272 Mit gleicher Marktabgrenzung die Entscheide des BKartA vom 11. Dezember 1970 (WuW/E BKartA 1323) und des Kammergerichts vom 15. Oktober 1971 (WuW/E OLG 1207 f.) sowie der Befund der Schweizerischen Kartellkommission (VSKk 1978, 206 f.); vergl. auch DERLEDER 247 und SCHWARTZ, Preiswettbewerb, 241). – Aus der Spruchpraxis der Kommission (ohne breitere Abhandlung) Hugin/Liptons 30 f.

273 So vor allem der Entscheid des Bundesgerichtshofes vom 18. September 1972 (WuW/E BGH 2233), freilich für einen Produzenten mit ausgesprochenen Tiefpreisen, die auch in der Verkaufswerbung zielbewusst eingesetzt wurden; in diesem Sinne ferner STUMPF, Vertragshändlervertrag, 164.

274 VSKk 1978, 160; aufschlussreich im Zusammenhang insb. die Übersicht über die durchschnittlichen Ersatzteilpreise im Vergleich zu den durchschnittlichen Neuwagenpreisen (179 f.). – Vergl. auch die Ausführungen des Kammergerichts, a.a. O. 1211 f.

lich differenzierte Preispolitik betreiben können.[275] Als eigentliche Gründe für diese Marktaufspaltung werden die unbefriedigende Markttransparenz[276] sowie die untergeordnete Bedeutung des Ersatzteilpreises beim Kaufentscheid[277] angeführt.

Daraus folgt, dass im Ersatzteilvertrieb der sachlich relevante Markt tatsächlich auf die individuelle Herstellermarke zusammenschmilzt. Ist nun auf diesem engen Markt eine Ausschliesslichkeit im Bezug verordnet, hält der autorisierte Lieferant augenfällig eine Monopolstellung inne.[278] Diese aber kann mit dem Erfordernis der Nichtausschaltung wesentlichen Wettbewerbs nach Art. 85 Abs. 3 lit. b gewiss nicht in Einklang gebracht werden.

### cc) Gebietsschutzbindungen[279]

#### *a) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, Förderung technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts*

Wie jeder weiss, war gerade in der Anlaufzeit der europäischen Kartellrechtspraxis die wettbewerbspolitische Diskussion vor allem mit Fragen um die Zulässigkeit des Gebietsschutzes befasst. Zu dessen Rechtfertigung wurde etwa ins Feld geführt: Er gewährleiste fairen Wettbewerb durch Schutz vor unlauterem "Absahnen" und

275 Die Volkswagenwerke z.B. setzen ihre Ersatzteile auf dem deutschen Markt zu günstigen, auf dem schweizerischen dagegen zu verhältnismässig hohen Preisen ab. (Vergl. BGH-Entscheid, a.a. O., 2233 und VSKk 1978, 170 f.).

276 Preisvergleiche fallen dem Endverbraucher der Informationsproblematik und der Komplexität der Materie wegen schwer. (Vergl. vor allem das Kammergericht, a.a. O., 1209 f.).

277 Bundeskartellamt, a.a. O., 1323 und Kammergericht, a.a. O., 1212 f.; vorsichtiger SCHWARTZ, Preiswettbewerb, 244. – Bezeichnend ist im Kontext der auffällig seltene Einsatz der Billigpreise als aggressives Verkaufsargument. (Vergl. die Untersuchungsergebnisse in VSKk 1978, 207).

278 So auch SCHWARTZ, Preiswettbewerb, 241.

279 Was die Freistellung anlangt, muss aus ersichtlichen Gründen nicht mehr unterschieden werden zwischen Hersteller- und Händlerpflichten oder zwischen förmlichem Gebietsschutz und Surrogatsabsprachen.

vor der Aufzucht von Lockvögeln, erschliesse Märkte durch attraktive Monopolrenten, sei kleinen Unternehmenseinheiten Lebensretter im Auslandgeschäft und fördere letzten Endes die Herstellerkonkurrenz. Zudem ermögliche er dem Produzenten eine optimale Quotenzuteilung nach Absatzräumen, verbessere die Marktversorgung und Absatzplanung und stelle dem Endverbraucher im Fremdmarkt Kundendienste sicher. Schliesslich verbürge er die Lückenfreiheit nationaler Zweithandpreisordnungen und vereitle eine Ausbreitung ruinöser Preiskämpfe von Inland- auf Auslandmärkte.[280] Durchleuchtet man diese Berühmung räumlicher Warenlaufklauseln auf Distributions- und Produktionsverbesserungen im Sinne von Art. 85 Abs. 3 ergibt sich nachstehender Befund:

Vorerst darf rekapituliert werden, dass *verlässliche Vorausdisposition, beständige Marktbedienung* und *aufmerksame Kundenfürsorge* grundsätzlich die Integration vorantreiben.[281] Im Zusammenhang mit dem Territorialschutz weniger offenkundig erscheint indes der *Wirkungszusammenhang* zwischen Vorkehr und Erfolg.[282] Die genannten Vorzüge der Warenverteilung sind Früchte der vertikalen Zusammenarbeit in der Absatzkette, die vor allem auf den Ausschliesslichkeitsverkehr sowie auf Marketing-, Abnahme- und Kooperationspflichten zurückgehen.[283] Allemal zu überprüfen ist daher die Frage, ob Marktabschottung einen (zusätzlichen) kausalen "Tatbeitrag" zur Planungs-, Versorgungs- und Betreuungsgewähr leiste. Regelmässig wird nach der hier vertretenen Auffassung die geforderte unmittelbare Kausalität[284] kaum nachzuweisen sein.[285]

280 Vergl. etwa LANGENKAMP 170 f., MÜLLER-FEMBECK 122, SCHULTE-MÄTER 108 f., SCHLUEP, AVV I, 167 f., VON HOLT 116, BASSON 602, SCHMITT 127 f., HAGENAUER 148 f., LUTZ, Exportverbote, 499, ders., Preis- und Vertriebsbindungen, 981 f., LUTZ/BASSON 387 sowie die Parteivorbringen i.S. Distillers 22 f. resp. 28, Teacher 23, SABA 290 f., Pittsburgh Corning Europe 39 und Citroen 420.

281 Vergl. vorn 232.

282 Ohne nähere Begründung HAGENAUER 148 f., VON HOLT 116, LUTZ, Exportverbote, 499 und ders., Preis- und Vertriebsbindungen, 981.

283 Vergl. darüber vorn 248 f.

284 Vergl. auch Teacher 23. – Zum Kausalitätserfordernis vorn 230.

Nur aufgrund der konkreten Marktgegebenheiten kann darüber entschieden werden, ob die Isolierung von Vertragsrayons Absatzräume erst aufschliesse und hiedurch *produktexternen Wettbewerb verdichte.* Zweifellos verdient ein solches Rechtfertigungsargument kein Gehör aus dem Munde europaweit tätiger Produzenten mit vertrauter Marke und gängigem Sortiment.[286] Daneben sind aber wirtschaftliche Verhältnisse erdenklich, in denen Gebietsschutzzugeständnisse die Marktvereinheitlichung begünstigen.[287] Aus unternehmens- und erzeugnisspezifischer Sicht hat man zumal drei Sonderfälle zu unterscheiden: eine *"new entrant"-* , eine *"newcomer"-* und eine *"new product"-Situation.*[288] Räumliche Abriegelung mag einmal Neukonkurrenten den Marktzutritt aufbrechen.[289] Dies betrifft vor allem die Aufnahme des Wettstreits eines Kleinen mit übermächtigen Grossen. Gleiches gilt weiter für Hersteller, die nur mittels Gebietsschutzbindungen von Heimat- auf Auslandmärkte vorzustossen vermögen.[290] Endlich ist Territorialschutz für die Einführung neuer Produkte zu erwägen. Darunter fällt freilich nicht jede Sortimentsveränderung im Rahmen der üblichen Programmvariation.[291] Gesperrte Grenzen kann allenfalls

285 Gleich in Fragestellung und Ergebnis SABA-Stellungnahme 290; vergl. ferner Citroen 420 f.

286 Gleichviel, ob sie sich in den einzelnen Mitgliedländern erst verhältnismässig unbedeutende Marktanteile ergattert haben. (Richtig die Ablehnung der Kommission für anteilsschwache, aber nicht unbekannte Produkte und Marken im Entscheid Distillers 28).

287 GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 178 (mit Hinweisen), MÜLLER-FEMBECK 122, SCHLUEP, AVV I, 170, LUTZ, Preis- und Vertriebsbindungen, 981, BASSON 602 sowie die Kommission im 1. Wettbewerbsbericht 63 f.

288 Vergl. – im Zusammenhang mit dem US-Antitrustrecht – SCHULTE-MÄTER 109 und ROTH 609.

289 Zum Gebietsschutz als Starthilfe für Neuzuzügler TURNER 704, SCHMITT 127 f. und SCHLUEP, AVV I, 170.

290 Vergl. im Zusammenhang auch PRÖBSTING 171 und Berkhouwer-Bericht 13 f.

291 Zu generell PRÖBSTING 171.

die Verbreitung neuartiger Güter rechtfertigen, in Sonderheit solcher mit aussergewöhnlichem Einführungsaufwand.[292]

Anerkennt man die Möglichkeit einer Integrationsbelebung mittels Gebietsabschliessung, muss im gleichen Zuge vor *Überdehnungen* des Wettbewerbsförderungsarguments gewarnt werden. So ist jene Lehre abzulehnen, die von regionalen Teilmärkten eine zwangsläufige Verstärkung der Inter-brand-Konkurrenz erwartet. Sie mag zutreffen für die produktexterne Auseinandersetzung unter Wiederverkäufern, weil vor Parallelverkehr verschonte Monopolhändler häufig besondere Einsatz- und Risikobereitschaft zeigen.[293] Stellt man die drei Sonderfälle aber zur Seite, ist in der Tat "nicht einzusehen, wie die Erstarrung des Vertriebssystems die Konkurrenzlust der Hersteller anfachen könnte."[294]

Als fragwürdig erweist sich auch die vorab aus dem US-Antitrustrecht vertraute *"failing company"-Doktrin,* die Gebietsschutz dulden will, solange er Kleinbetriebe am Leben erhält.[295] Sie unterstellt, dass die Marktpräsenz eines Unternehmens der Gesamtwirtschaft dienlicher sei als dessen Veranstaltung produktinterner Konkurrenz. Gegen eine solche strukturpolitisch motivierte Kartellgenehmigung ist in grundsätzlicher Sicht zu bedenken, dass damit der natürliche Auslesemechanismus des Wettbewerbs durch private "Zulassungs"-Ordnungen ersetzt wird.[296] SCHLUEP befürchtet, man werde so "auf dem Umweg über das formale Kriterium der Zahl der Anbieter oder Nachfrager die Wettbewerbsbeschränkung im Dienst der Existenzerhaltung ..... legitimieren".

292 Vergl. die stark produktorientierte Stellungnahme im Berkhouwer-Bericht 13 f.

293 Selbst die Ankurbelung der Intra-brand-Konkurrenz auf der Absatzmittlerstufe erscheint nicht allenthalben schlüssig, nämlich dann nicht, wenn sich ihres Verkaufserfolges (zu) sicher wähnende Händler die Absatzanstrengungen vernachlässigen.

294 SCHLUEP, AVV I, 168.

295 Vergl. ROTH 609, SCHMITT 127 f. und SCHULTE-MÄTER 93, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

296 Vergl. z.B. die Einwände gegen eine Übergewichtung des Strukturarguments (im Zusammenhang mit dem Tabakmarktbericht der Schweizerischen Kartellkommission) bei SPOENDLIN 23 f. und MEIER 1 f.

Mithin soll aber der zum Konkurrenzkampf Untaugliche "nicht mit dem Sophismus eine Wettbewerbsbeschränkung rechtfertigen dürfen, der Wettbewerb sei auf die Existenz (auch der nicht wettbewerbsfähigen) Wettbewerber angewiesen."[297] Wer trotz dieser eminenten Vorbehalte das Argument "Schutz des Schwächeren" gutheissen will, hätte wenigstens im voraus eine "Sozialhilfe" für offenkundig invalide Grenzbetriebe auszuklammern, sonach die (an sich) "gesunden" und die (schlechthin) "ungesunden" Konkurrenten auseinanderzuhalten. Gerade dies aber ist eine wettbewerbspolitisch schier unlösbare Aufgabe, weil nach den Regeln des Systems eben freies Marktspiel das Zeugnis für die Lebensfähigkeit von Unternehmen ausstellt.[298]

Gelegentlich wird vorgebracht, Gebietsschutz sei deshalb kein Verstoss gegen das Europakartellrecht, weil er *unlauteren Wettbewerbspraktiken vorbeuge.*[299] Sieht man von der Frage ab, ob in der wirtschaftspolitischen Rule of Reason des Art. 85 Abs. 3 eine solche rechtspolitische Vernünftigkeitserwägung überhaupt Platz finde, ist zur Sache selber folgendes zu erwägen: Einmal stellt weder das Eindringen in fremde Absatzräume noch das "Absahnen" absatzwirtschaftlich begründeter Monopolgewinne ein Lauterkeitsdelikt dar.[300] Gleiches gilt für Preisunterbietungen.[301]

297 SCHLUEP, AVV I, 171. – Man beachte die ähnlichen Einschränkungen bei SCHULTE-MÄTER 110.

298 Die Fragwürdigkeit einer solchen Aussonderung belegt etwa der Versuch von SCHULTE-MÄTER (110 f.), der darauf abstellen will, ob der "Hersteller... seine Situation selber verschuldet hat." Davon kann aber nichts abhangen. Wettbewerb ist eine der *gesamtwirtschaftlichen Rationalität* verpflichtete Veranstaltung, der nicht konkurrenzuntaugliche Teilnehmer aufgezwungen werden dürfen, weil sie für ihr Missgeschick nichts können. Er erbringt die erwarteten Ergebnisse nur als Kampf der Tüchtigen, nicht als Kampf der Unschuldigen.

299 KLEEMANN, Wettbewerbsregeln, 40, LUTZ/BASSON 387 und BASSON 602; zur Verhinderung von Lockvogelpraktiken SABA-Stellungnahme 290 und LUTZ, Reimporte, 4.

300 Vergl. Béguelin 960.

301 So auch der Kommissionsentscheid VCH, ABl. Nr. L 13 vom 17.1.1972, 34 f.; rechtsvergleichend insb. ULMER/BEIER 192 f. und SPRÜNGLI 161 f. – Zur lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit der Preisunterbietung aus der Schweizer Lehre: VON BÜREN, Kommentar, 57 f., SCHLUEP, Lockvogelpreise, 66 f., DAVID

Demnach könnte lediglich am missachteten Exportverbot angeknüpft, die Übergrenzlieferung also als Vertragsbruch, als Verleitung zum Vertragsbruch oder als Ausnutzung fremden Vertragsbruchs gebrandmarkt werden.[302] Nun weiss man, dass die einzelnen Mitgliedländer diese Wettbewerbshandlungen lauterkeitsrechtlich unterschiedlich behandeln.[303] Ein Zugriff der Europakartellrechtsregeln müsste folgerichtig von den einzelstaatlichen Wettbewerbsvorschriften abhangen. Aber auch abgesehen von einem solchen integrationswidrigen "Normierungsgefälle" kann das Lauterkeitsargument nicht durchschlagen. Dem Axiom vom Vorrang des EWG-Kartellrechts zufolge darf schlechthin kein nationaler Erlass die Durchsetzung der Vertragsbestimmungen gefährden.[304] Somit vermögen auch (selbst einheitliche) UWG-Bestimmungen die kartellrechtliche Wettbewerbssicherung nicht zu beeinflussen.[305]

Lässt man lauterkeitsrechtliche Gesichtspunkte ausser Spiel, verfängt (a fortiori) das Vorbringen nicht, Gebietsabschottung unterbinde den Export eines *ruinösen Preiskampfes* auf Drittmärkte.[306] Es ist genuines Anliegen des europäischen Kartellrechts, mittels Öffnung der Grenzen dem Nachfrager die günstigsten internationalen Angebote zu erschliessen. Dies auch (und gerade) wenn auf einzelnen Teilmärkten ein hartes preispolitisches Ringen ausgetragen wird.

230 f., TROLLER 1078 f., SPRÜNGLI 161 f., GITBUD 62 f., MERZ, Preisunterbietung, 202 f., GERMANN O.A., Unlauterer Wettbewerb, Zürich 1945, 282 f., ders., Zur Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes, SJZ 1944, 285 f., insb. 290 f., MEISTER J., Wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Zugabewesens, Aarau 1954, 104 f., VON CASTELBERG C., Grundlagen des schweizerischen Wettbewerbsrechts, Diss. Zürich 1948, 125 f. und (neustens) JETZER R.P., Lockvogelwerbung, Die werbepolitisch motivierte Preisunterbietung als unlauterer Wettbewerb, Zürich 1979, 168 f.

302 Vergl. auch vorn Bd. 1, 242.

303 Vergl. etwa ULMER/BEIER 205 f. und SCHLUEP, AVV I, 38.

304 Dazu grundsätzlich (insb. für kartellrechtliche Kollisionsprobleme) MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 128 f. und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 39 f.

305 Vergl. Béguelin 960.

306 So hatte der englische Spirituosenkonzern Distillers Company Limited sein Freistellungsansuchen (u.a.) damit untermauert, nachfragemächtige Grossabnehmer sorgten auf dem einheimischen Markt für künstliche Tiefpreise. (Distillers 28).

Obwohl sie mittlerweile an Aktualitätswert eingebüsst hat,[307] ist ferner die Frage zu streifen, ob territoriale Schranken deshalb freizusprechen seien, weil sie die *Aufrechterhaltung nationaler Preisbindungssysteme* garantierten.[308] Zwar wird niemand ableugnen, dass der Fall von Grenzliefersperren die Lückenlosigkeit vertikaler Preisordnungen gefährdet.[309] Doch stellen gebundene Zweithandpreise für sich genommen noch keine Distributionsverbesserung im Sinne von Art. 85 Abs. 3 sicher.[310] Daher vermag die Lückenfreiheitsgewähr auch keinen eigenständigen Rechtfertigungsgrund abzugeben. Verriegelten nationalen Preisbindungssystemen steht mithin keine europakartellrechtliche Sonderbehandlung zugute. Sie fallen unter das gemeine Freistellungsrecht, müssen also einen Fortschritt in der Warenverteilung – etwa als Markterschliessungsbehelf – ausweisen.

Offenkundig sind die *wettbewerbsschädlichen Folgen* von Gebietsschutzabsprachen. Als Warenlaufregeln verfügen sie unerwünschte Drittausschlüsse. Diese belasten nun aber die Negativseite der Bilanz in besonderem Masse, weil die Selektionspolitik räumlich ausgerichtet ist. Solche Territorialabschottung widersteht unmittelbar dem nach den Vertragszielen zu errichtenden europäischen Grossmarkt.[311] Stellt man diesen Desintegrationseffekt den eben aufgelisteten Vorzügen des Gebietsschutzes gegenüber, wird klar, dass nur ein für die Marktvereinheitlichung belangvoller Zustoss neuer Hersteller (oder neuartiger Waren) einen *Aktivsaldo*

307 Vor allem der zunehmenden einzelstaatlichen Preisbindungsverbote wegen.

308 So z.B. LUTZ, Reimporte, 4 f. und MÖHRING, Reimportklausel, 182 f.

309 Vergl. insb. (mit zahlreichen Hinweisen) ULMER, Preis- und Vertriebsbindungen, 18 f.; ebenso VON HOLT 117, LUTZ, Reimporte, 4 f. und ders., Preis- und Vertriebsbindungen, 983.

310 Zutreffend die Kommission in der SABA-Stellungnahme 291. – Vergl. weiter GUTZLER 222 sowie Philips 42 und Agfa-Gevaert 68.

311 Grundlegend das ganze Urteil Grundig/Consten; vergl. ferner Theal/Watts 24, Pittsburgh Corning Europe 39, SABA 24, Citroen 420 f., Gerofabriek 12 f., Junghans 13 und Omega 28 sowie die Beanstandungen i.S. Du Pont 27, Agfa-Gevaert 67 f., Goodyear/Euram 10, Kodak 24, Philips 41 und Sperry Rand 42.

im Rahmen der ersten Freistellungsvoraussetzung erwirken kann.[312] Angesichts der klaren wettbewerbspolitischen Polung gelangt man zum Ergebnis eines (unter dem Vorbehalt integrationserheblicher Markterschliessung stehenden) "per-se-ähnlichen" Verbotes von vertikalen Gebietsschutzabreden.[313]

### γ) *Verbraucherbeteiligung*

Diese Diagnose bestätigt sich in auffallender Weise aus der Sicht der Marktgegenseite. Zunächst sind Verbrauchervorteile für den (Ausnahme-)Fall anzuerkennen, dass zweckmässige Marktversorgung und -betreuung tatsächlich den räumlichen Warenlaufbindungen entspringen. Denn sie verschafft den Nachfragern sichere und komfortable Vertragswareneinkäufe.[314] Vor allem aber verbessert sich die Abnehmerposition bei nachgewiesener *Markterschliessung.* In jeder der drei genannten Marktlagen wird der Herstellerwettbewerb und damit das *produktexterne Güterangebot bereichert:*[315] Gebietsschutz beschert dem Kunden im "new entrant"-Fall einen neuen Anbieter; in der "newcomer"- und der "new product"-Situation ermöglicht er ihm bequeme Inlandbeschaffung anstelle aufwendiger Privateinfuhren.

312 Bezeichnend die Saldoerwägungen der Kommission in den Entscheiden SABA 24 und Gerofabriek 12. - Bis anhin erging denn auch (ausserhalb der quantitativen Spürbarkeit nach Abs. 1) keine Einzelfreistellung für Gebietsschutz im Rahmen vertikaler Intervention.

313 Für Freistellungsunwürdigkeit im Regelfall VON DER GROEBEN, Handbuch, 99, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 327 f., GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 176 f., SCHLUEP, AVV I, 175, MÜLLER 14 und GIDE/LOYRETTE/NOUEL 32. – Anders noch ein Teil des älteren Schrifttums: Vergl. z.B. LEHMPFUHL 80, HAGENAUER 148 f., BASSON 602, LUTZ, Reimporte, 4 und ders., Exportverbote, 499.

314 Vergl. die einschlägigen Erörterungen im Zusammenhang mit dem Alleinvertrieb vorn 252. – Eine Verbraucherbeteiligung aus diesen Gründen bejahen etwa EWALD, AVV, 118, HAGENAUER 148 und KLAUSING 76 f.

315 Die verbraucherfreundliche Stärkung der (aktuellen und potentiellen) Inter-brand-Konkurrenz betont vor allem auch BELKE, Relevanter Markt, 283.

Fragwürdig wird allerdings die *qualitative Angemessenheit* der Verbraucherbeteiligung unter dem Aspekt der Preiswirkungen von Ein- und Ausfuhrsperren. Sie vereiteln dem Händler den Zuschlag auf günstigere Auslandangebote und damit die Weitergabe preispolitischer Vorteile an die einheimischen Konsumenten. Ein solcher Ausfall des konkurrenzintensiven grenzüberschreitenden Netzinnenhandels birgt offenkundig die Gefahr *überhöhter Preise* auf den abgeschlossenen Teilmärkten.[316] Aus diesem Grunde müssen territoriale Bindungen auch an der zweiten Freistellungsvoraussetzung scheitern, es sei denn, der Nachteil des erstarrten internationalen Preisgefüges würde wettgemacht durch eine (im Einzelfall stärker zu gewichtende) nachfragerfreundliche Alternativenvermehrung.

### δ) *Unerlässlichkeit*

Seit jeher bildet das Übermassverbot Angelpunkt der Freistellungserörterungen um den Gebietsschutz. Debattiert wird namentlich über Notwendigkeit sowie über das Gebot einer Anwendung des schonendsten Mittels. In erster Linie bedarf der Abklärung, ob eine Verteilerorganisation auch mit offenen Grenzen Planung, Marktversorgung und Kundenbetreuung zu gewährleisten vermag.[317] Hiebei wird untersuchungsmethodisch mit Vorzug eine Unerlässlichkeit bezüglich der Funktionswahrnehmung und eine solche bezüglich der Funktionsabgeltung auseinandergehalten.

Einmal ist die *Funktionswahrnehmung* im Bereiche der *Vorausdisposition* nicht an geschlossene Absatzgebiete gekettet. Zwar mehren sich die Planvariablen bei parallel einfliessenden Waren-

316 Ebenso die Kommission in den Entscheiden Theal/Watts 24 f., SABA 24, Gerofabriek 12 und Junghans 13, im 1. Wettbewerbsbericht 61 sowie in den Stellungnahmen Citroen 420 und SABA 291; vergl. auch SCHWANKE 203 f. – A.M. LUTZ/BASSON 389, LANGENKAMP 175, BASSON 602, LUTZ, Exportverbote, 499, EWALD, AVV, 119, HAGENAUER 148 f.

317 Im folgenden sei für die Austragung der Kontroverse Kausalität unterstellt. (Vergl. aber vorn 270).

strömen.[318] Dennoch machen diese dem Händler eine Verkaufsplanung nicht unmöglich. Ihr Umfang hängt nämlich wesentlich auch von der eigenen Markt-(insb. Preis-)politik ab. Ausserdem dürften sich die Parallelkanäle häufig in einer Weise einspielen, dass der eigene Anteil am Inlandabsatz hinlänglich vorausschaubar wird.[319] Ebensowenig durchkreuzt der Fall des Territorialschutzes die herstellerische *Distributions- und Erzeugungsplanung;* er verändert nur deren räumliche Referenzgrössen.[320] Nicht schlüssig ist ferner, dass *ausgeglichene Versorgung* eines Marktes an dessen Abschottung geknüpft sein soll. Soweit es um kontinuierlichen Geschäftsverkehr und um bessere Risikostreuung geht, sind angemessene Mindestabnahmepflichten von gleichem Wert.[321] Zudem können Lagerhaltungsvorschriften aushelfen. Endlich bedarf keiner Aussenhandelsblockaden, wer im Netz *Produkte- und Kundenbetreuung* sicherstellen will.[322] Die gewünschten Dienstleistungen lassen sich mit umfassenden marketing-politischen Weisungen an die autorisierten Verteiler aller Stufen erzwingen.[323] Der Hersteller riskiert auf diese Weise auch keine kundendienstpolitische Unter-

318 Gl.M. SCHWANKE 206; aus diesem Grunde votieren für Unerlässlichkeit: MARTINO, AVV, 90, DERINGER, AVV mit Gebietsschutz, 132 f. und HOOTZ, AVV, 2251.

319 So auch die Kommission in ihrem Grundig/Consten-Entscheid 586.

320 Die Produktionsfirma ist "in der Lage, Vorausdispositionen für die Fertigung ihrer Geräte und deren Absatz im Gemeinsamen Markt zu treffen, indem sie der Entwicklung des Absatzes ihrer Erzeugnisse im gesamten EWG-Raum Rechnung trägt, die sich aus der Summe der Verkäufe ergibt, die ihre einzelnen Gross- und Alleinvertriebshändler mit Händlern innerhalb des Gemeinsamen Marktes tätigen. Diese Möglichkeit, zukünftige Verkaufsmöglichkeiten einigermassen sicher vorauszuschätzen....., besteht unabhängig davon, ob die belieferten Händler die Erzeugnisse an Abnehmer in dem einen oder andern Mitgliedstaat weiterveräussern." (SABA-Stellungnahme 290; ebenso Citroen 421).

321 Vergl. BELKE, Relevanter Markt, 292 f.

322 Vergl. Zanussi-Entscheid 38 f. – A.M. DE KEYSER 293, MARTINO, AVV, 90, SCHWANKE 209, GOLDSMITH 238 f. und (für Lizenzverträge) EHLERS 425.

323 Wie hier die Kommission in der Citroen-Bekanntmachung 421; vergl. ferner den Negativentscheid i.S. Pittsburgh Corning Europe (39).

versorgung.[324] Der Umstand, dass Beschaffungsstelle und Betreuungsstelle auseinandergehen können,[325] erweckt absatzwirtschaftlich keinerlei Bedenken, solange Warenverkauf und Serviceleistungen kalkulatorisch getrennt bleiben.[326]

Ist die Entbehrlichkeit für eine Absicherung von Vertriebsfunktionen erwiesen, bleibt offen, ob sie auch für deren *Abgeltung* bejaht werden könne. Eine ältere Lehrmeinung hat wiederholt vorgetragen, Importhändler auf Fremdmärkten liessen sich nur im Austausch gegen Gebietsschutz überhaupt marketing-politische Pflichten aufladen.[327] Die Stichhaltigkeit dieser Argumentation ist von der jüngeren Entwicklung der europäischen Vertriebspraxis selber klar widerlegt worden.[328] Dies verwundert nicht, stehen doch andere Instrumente bereit, mit denen der Hersteller besonderen akquisitorischen Aufwand zu entlöhnen vermag.[329] Allen voran ist natürlich die Einräumung einer Monopolspanne mittels

324 Vergl. die entsprechenden Befürchtungen bei EWALD, AVV, 119, KLAUSING 54 f., GOLDSMITH 238 f., DERINGER, AVV mit Gebietsschutz, 134, SCHWANKE 208 und MARTINO, AVV, 90.

325 Um dies zu vermeiden, haben Hersteller nicht selten spezifische kundendienstpolitische Gebietsschutzklauseln erlassen. (Vergl. vorn Bd. 1, 224).

326 Zu Recht hatte die Kommission bereits in ihrem Grundig/Consten-Entscheid (586) festgestellt, dass keine Rolle spiele, "wo ein Gerät gekauft ist, da die Kosten der Reparatur von demjenigen bezahlt werden müssen, der die Reparatur verlangt. Die *Vornahme solcher Reparaturen* ist deshalb eine *normale unternehmerische Tätigkeit*, und es ist nicht ersichtlich, wie sich für denjenigen, der diese Tätigkeit ausübt, daraus ein Nachteil ergeben kann, dass er Geräte repariert, die nicht von ihm geliefert worden sind." (Aussperrung vom Verf.) – Vergl. dazu auch die Darlegungen über marktstufenindifferente Warenlaufbindungen hinten 304 f.

327 Vergl. MARTINO, AVV, 90, BASSON 602, GLEISS, Urteile, 170, PFEIFER 679 f., EHLERS 425, KLAUSING 72 f.; mit gleichem Tenor neustens wieder STUMPF, Vertragshändlervertrag, 66.

328 Heute spielt gemeinschaftsweiter Markenartikelvertrieb weitgehend auch ohne Marktabkapselung. (Zu Recht a.M. auch MAILÄNDER, AVV, 842 f., KIRSCHSTEIN, AVV, 790, BELKE, Relevanter Markt, 286 und SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 51).

329 Kaum eigens braucht herausgestellt zu werden, dass hiermit nie echte Gebietsschutzsurrogate gemeint sein können.

einfachem Alleinvertrieb zu erwähnen.[330] Zusätzlich kann der Produzent die Geschäftsbedingungen nach den vom Abnehmer besorgten Vertriebsaufgaben preispolitisch variieren (insb. durch Funktionsrabatte) oder das Händlerbudget durch eigene Massnahmen der Verkaufsförderung entlasten.[331] Sollte Kostenersatz unter Verteilern sich aufdrängen, mögen (ausnahmsweise)[332] Ausgleichszahlungen einspringen.[332a] Dies betrifft in Sonderheit vom Netz zu tragende Garantiedienste.[333] [334]

330 Vergl. die Hinweise bei VON DER GROEBEN, Handbuch, 99 f., SCHWANKE 205, SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 51, BELKE, Relevanter Markt, 287 sowie in der Kommissionsentscheidung Grundig/Consten 586; dazu auch vorn Bd. 1, 276.

331 Vergl. auch die von der Kommission im Entscheid Distillers (29) aufgeführten Alternativen. – Sehr beachtlich über den Zusammenhang zwischen Gebietsschutz, Akquisition und Verkaufsentwicklung neuerdings SHARPE 456 f.

332 Unerlässlichkeitsatteste für Übergrenzprovisionen sind nur mit äusserster *Zurückhaltung* auszustellen. Denn jede "profit pass over clause" wirkt auf die für das Zusammenwachsen der Märkte wichtige Preiskonkurrenz unter Händlern ein. (Berechtigt die Bedenken bei BELKE, Relevanter Markt, 288 f.).

332a Vergl. ZIMMERMANN (Vertragshändlerverträge, 185), mit der wohl richtigen Präzisierung, dass nicht in jedem Falle eine Unkostenabrechnung zu erstellen ist, sondern gewisse Pauschalabgeltungen zugelassen werden können.

333 Keine Probleme stellt die *Vergütung von Garantiediensten*, deren Kosten dem Hersteller überbunden sind. Er leistet sie demjenigen, der die Arbeiten ausgeführt hat. Ist der Aufwand – weil in der Handelsspanne einkalkuliert – vom Absatzmittler zu tragen, müssen Ausgleichszahlungen im Netz für den sachlich gebotenen Ersatz sorgen. Damit ist aber auch die Gefahr unzumutbarer Gratis-Betreuung aus dem Wege geräumt. (Vergl. die Vorbehalte bei KLAUSING 54 und DERINGER, AVV mit Gebietsschutz, 134).

334 Ein Sondervermerk gebührt dem Verhältnis zwischen Gebietsschutzvorkehren und *Sicherheits- resp. Ausrüstungsvorschriften* der Nationalgesetzgeber. Einzelne Hersteller haben die Unerlässlichkeit mit der Befolgung dieser einzelstaatlichen Polizeinormen begründet. Das Argument kann deshalb nicht überzeugen, weil solche Bestimmungen selber für den erstrebten "technischen Verbraucherschutz" sorgen. Zu ihrer Einhaltung sind nicht Importsperren vonnöten, sondern die Umrüstung auf den geforderten Sicherheitsstandard durch Initianten grauer Parallelkanäle. (Vergl. AEG-Telefunken 39 und 7. Wettbewerbsbericht 26 f.; besonders klar die Kommissionsausführungen in der Citroen-Bekanntmachung 421; unzutreffend (für Lizenzverträge) EHLERS 425).

Als Zwischenergebnis steht somit fest, dass die Unerlässlichkeit von Gebietsschutzvorkehren nicht mit der Funktionssicherung und Funktionsvergütung bezüglich Vorausplanung, Kundendienst oder Marktversorgung untermauert werden kann.[335] Es bleibt aber die Frage, ob sie gegebenenfalls benötigt würden, wenn es *Märkte neu zu erschliessen* gelte. Vorneweg hat man vor Pauschalurteilen zu warnen: "Das Motiv, in .... Märkte einzudringen oder neue Produkte an den Mann zu bringen, privilegiert nicht schlechthin."[336] Die einzelnen Tatbestandsgruppen sind auseinanderzuhalten: Am ehesten lassen sich im *"new entrant"*-Fall wirtschaftliche Umstände ausmalen, die zu einem monopolistischen Vertragswarenverkauf nötigen.[337] Zu denken ist vornehmlich an kleinere und mittlere Wettbewerbseinheiten, denen nur die Gewährung territorialer Exklusivität an die Absatzmittler einen Gleichzug mit marktpotenten Grossunternehmen erlaubt. Sie sind in ihrem strategischen Handlungsspielraum und damit auch in der beliebigen Gestaltung der Funktionsentgelte eingeschränkt. Gebietsschutzvergabe kann für sie einziges – weil billiges und attraktives – Mittel zur Anlokkung von Händlern darstellen.[338] Grössere Zurückhaltung ist bei *"newcomer"*-[339] und *"new product"*-Situationen[340] angezeigt. Hier wird man aus den nämlichen Erwägungen Unerlässlichkeit

335 Vergl. die negativen Entscheide der Kommission i.S. Omega 28, Gerofabriek 12, Distillers 28, Citroen 420 f. und Grundig/Consten 585 f.

336 BELKE, Relevanter Markt, 290; zurückhaltend ferner SCHWANKE 205.

337 Ähnlich BELKE, Relevanter Markt, 290. – Man beachte aber auch die grundsätzlich ablehnende Haltung (im Zusammenhang mit dem amerikanischen Automobilvertrieb) von SCHMITT 127 f.

338 Dies gilt zumal im Absatz risikoreicher und aufwandintensiver Erzeugnisse. (Vergl. auch Berkhouwer-Bericht 13 f.).

339 Unerlässlichkeit zur Eroberung fremder Markträume halten für möglich: SCHRÖTER 117, AXTER, Vorschrift, 160, TESSIN, AVV im EWG-Kartellrecht, 1264, SCHULTE-MÄTER 26 f. sowie die Kommission im Bull. 1-1968, 32.

340 Zu wenig differenziert hinsichtlich des Neuproduktevertriebs GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 127, HOOTZ, AVV, 2251, GRAUEL 481 f., VON DER GROEBEN, Handbuch, 100 f., KIRSCHSTEIN, AVV, 790, PRÖBSTING 171, TESSIN, AVV im EWG-Kartellrecht, 1264 und DERINGER/TESSIN, Grundig/Consten, 333.

allenfalls marktschwächeren Unternehmen zugestehen können.[341] Eingewurzelte und starke Inlandbetriebe vermögen regelmässig auch ohne Import- und Exporthindernisse jenseits der bisherigen Grenzen sich einzunisten. Ihnen ist meist zuzutrauen, das Absatzgebiet oder das Fertigungsprogramm mit wettbewerbsschonenderen Steuerbehelfen auszudehnen.[342] Welches Unternehmen freilich (wann) auf die Krücke räumlicher Bindungen nicht verzichten kann, lässt sich nur im Einzelfall und unter Beizug aller Umstände (wie Aufnahmebereitschaft und Handelsstrukturen im Fremdmarkt, Kapitalkraft und Marktanteil des expansionswilligen Inländers, Mittelbedarf im Vertragswarenvertrieb usw.) bestimmen.

Unumstösslich bleibt die zeitliche Schranke der Freistellung.[343] Gebietsschutz ist ausnahmslos nur während der eigentlichen *Markterschliessungsphase* geduldet. Hat der Neuling Fuss gefasst, muss er zu wettbewerbskonformen Vertriebsmethoden übergehen und produktinterne Konkurrenz walten lassen. Nicht leicht dürfte allerdings die Dauer der Anlaufzeit festzulegen sein, nach der die willkommene Verstärkung des Inter-brand-Wettbewerbs in integrationsschädliche Marktabschottung umschlägt.[343a]

341 Zutreffend FULDA 311 (mit Hinweisen auf die US-Praxis); vergl. weiter das Votum von LIEBERKNECHT bei SCHLIEDER, Vertikale Kooperation, 154 sowie PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER 202 und PRÖBSTING 171.

342 Mit Fug weist BELKE auf Änderungen in der wettbewerbspolitischen Lagebeurteilung im Wandel der Zeit hin: "Die reibungslose und schnelle Ansiedlung eines Grossunternehmens im neuerschlossenen Markt mag zwar kurzfristig als wettbewerbsfördernd veranschlagt werden, langfristig wachsen aber damit der Marktanteil und die Macht dieses Unternehmens gerade durch die ..... Gebietsbeschränkung in unnatürlich schnellem Masse. Eine wettbewerbsverzerrende Überflügelung von Kleinunternehmen ist auf Dauer nicht auszuschliessen." (Relevanter Markt, 290).

343 Vergl. (mit Fundstellen aus der Kommissionspraxis) GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 295 sowie die Hinweise bei GRAUEL 481, SCHRÖTER 117, SCHULTE-MÄTER 22f. resp. 27 und GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 127. – Grundsätzlich über den zeitlichen Aspekt der Unerlässlichkeitsprüfung vorn 238.

343a Zur Fragestellung vor allem SCHULTE-MÄTER 27.

δ) *Nichtausschaltung wesentlichen Wettbewerbs*

Der von Art. 85 Abs. 3 lit. b verlangte Mindestwettbewerb ist bei Territorialabsprachen vor allem im Netzinnern bedrängt. Sie unterdrücken den Händlerwettstreit über Landesgrenzen und lähmen hiedurch die integrationspolitisch wertvolle *produktinterne Preiskonkurrenz*. Nationalstaaten können mithin zu abgeriegelten Hochpreisinseln werden.

Diese Verhinderung gemeinschaftsweiten Intra-brand-Wettbewerbs bildet bei normalen Marktverhältnissen ein weiteres absolutes Rechtfertigungshindernis, das auch aufrechte interbrand competition nicht zu beseitigen vermag.[344] Höchstens ein aussergewöhnlicher Zuwachs in der Herstellerkonkurrenz bei gewichtigen Tatbeständen der Markteindringung bringt den Gebietsschutz über die letzte Freistellungshürde.

dd) Persönliche Warenlaufbindungen[345]

α) *Marktstufenspezifische Warenlaufbindungen*

αα) *Regelung des Horizontalverkehrs*

(Unmittelbare und mittelbare) Querliefer- und Querbezugsverbote aller Art[346] sind bekanntlich Gebietsschutzersatz, da sie

344 Vergl. MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 328 und Grundig/Consten 392. – Abzulehnen ist die Auffassung, die Erzeugerkonkurrenz verbürge das Wettbewerbsminimum, sofern daran nicht marktmächtige Unternehmen teilhaben. (Vergl. SCHWANKE 269, DE KEYSER 293 und WINKEL 214) – Prinzipiell für Nichtausschaltung wesentlichen Wettbewerbs offenbar LUTZ/BASSON 389, SCHWARTZ, Ausschliesslichkeitsverträge, 205, MARTINO, AVV, 90, HAGENAUER 149, EWALD, AVV, 119, KLAUSING 52).

345 Die verschiedenen *Typen der persönlichen Warenlaufklauseln* (Absatz- und Vertriebsbindung sowie Bezugsbindung) brauchen freistellungsrechtlich nicht mehr auseinandergehalten zu werden. Denn sie decken im einzelnen Distributionssystem – je von einer andern Seite der Geschäftsbeziehung – den gleichen Selektionsinhalt ab.

346 Dazu gehören (negative) Querlieferverbote und Querbezugsverbote sowie (positive) Längsliefergebote (insb. Direktverkaufspflicht des Detaillisten) und Längsbezugs-

vor allem dem Übergrenzhandel unter Stufengleichen gelten.[347] Somit findet uneingeschränkt das Freistellungsrecht der räumlichen Bindungen Anwendung.[348] Lediglich dann mag eine Wiedererwägung in Betracht gezogen werden, wenn Querflussvorschriften in ein System von "closed territories" eingebaut sind, das dem Bindungsgläubiger den Marktzutritt überhaupt erst möglich macht.[349]

### ββ) *Regelung des Vertikalverkehrs*

Unter den Längslieferanordnungen interessieren in erster Linie diejenigen, die vom Pflichtigen eine lückenlose Einhaltung der Absatzstufenkette fordern *(Direktverkaufsverbot* des Herstellers, *Sprunglieferverbot* des Grossisten). Sie unterbinden systemfremde Verkäufe an Letztabnehmer. Freistellungsrechtlich stellt sich die Frage, ob unter "legalisierten" Graumarkt- und Beziehungskäufen die Marktbedienung leide, ob also die konsequente Einschaltung des Detaillisten im Rahmen des traditionellen Handelskanals Distributionsverbesserungen nach Art. 85 Abs. 3 erwarten lasse. Man wird sie mehrheitlich bejahen müssen. 3-stufiger Vertrieb erlaubt eine auch *gesamtwirtschaftlich vernünftige Zuweisung der Absatzaufgaben.*[350] Innerhalb dieser Funktionsteilung

gebote (Pflicht zum Einkauf beim "zuständigen" Händlerlieferanten/beim Hersteller). – Die letztgenannte Vorschrift fällt nicht etwa unter Art. 1 Abs. 1 lit. b Vo 67/67. (Vergl. vorn 226, insb. Fn. 60).

347 Vergl. vorn Bd. 1, 224.

348 Vergl. für das Querlieferverbot Junghans 13, Omega 28, Gerofabriek 11, SABA 24 und Sperry Rand 42; für die einzelhändlerische Direktverkaufspflicht Dior/Lancôme 71 und Sperry Rand 42; für die Längsbezugspflicht Omega 28 und Dior/Lancôme 71. – Aus dem Schrifttum STÖVER 103 und 107, SCHLUEP, AVV II, 280, SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 50.

349 Eine Freistellung "unter besonderen Umständen" halten auch GLEISS/HIRSCH (EWG-Kartellrecht, 181) für möglich.

350 Auf die zweckmässige Arbeitsteilung zwischen Gross- und Einzelhandel wird in Lehre und Praxis immer wieder hingezeigt. (Vergl. etwa SCHMITT, Schwerpunkte, 106, STÖVER 103 f. und BMW 7) – Unrichtig ist dagegen die wettbewerbsrecht-

nun sorgt sich der Detaillist um die Zusammenstellung konsumgerechter Sortimente sowie um Bedienung, Beratung, Reparatur und Wartung. Vor allem aber verbürgt er eine hinreichende Distributionsdichte.[351] Für den Regelfall darf deshalb unterstellt werden, dass Sprung- und Direktverkaufssperren (resp. das von ihnen abgedeckte Absatzkonzept) zu einer rationelleren,[352] breiteren und sorgfältigeren Warenverteilung beitragen.[353]

Die Vertriebsordnung liegt grundsätzlich auch in des *Verbrauchers Interesse*, da sie ihm eine bequeme Beschaffung in der Nähe und einen Einkauf in runden Sortimenten ermöglicht. Zudem sind ihm Produkte- und Kundenpflege gewährleistet.[354]

Schliesslich genügen die betreffenden Längslieferverbote auch den beiden *negativen Freistellungsvoraussetzungen*. Mit Bezug auf die Unerlässlichkeitsklausel sind einmal Notwendigkeit und Befolgung der Maxime "civiliter uti" anzuerkennen. Denn es stehen (im Rahmen des Dreistufenvertriebs) keine absatzpolitischen Ausweichvarianten zur Verfügung. Die aus gesamtwirtschaftlichem Gesichtswinkel erwünschte gestreute und sortimentsverbundene Distribution kann der Einzelhandel nur besorgen, wenn er in den Waren-

liche Folgerung, Direktlieferregeln verhinderten eine ungerechtfertigte kompetitive Bevorteilung des Grossisten und seien aus diesem Grunde keine "Wettbewerbsbeschränkung". (So insb. Metro 1909 und SABA 26; gl.M. HERMANNS, Selektiver Vertrieb, 174, HOOTZ, Metro, 114 f. und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 182; zur Begründung vorn 151 Fn. 149).

351 Vergl. zu den Funktionen des Einzelhandels (statt aller) LAUMER, Einzelhandel, 922 f. und GÖTTELMANN 226.

352 Rationalisierungsvorteile sind vor allem herausgestellt im Kommissionsentscheid BMW (7).

353 Eine Freistellung erwägen auch SCHMITT, Schwerpunkte, 106, STÖVER 103 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 182. – Vergl. ferner (im Zusammenhang mit dem deutschen Diskriminierungsrecht) mit vorwiegend einzelwirtschaftlicher Argumentation SEEBAUER 24 und BENISCH, Kommentar I, 53..

354 Der kundendienstpolitische Aspekt kann aus Verbrauchersicht natürlich auch hier nur bei Gütern mit entsprechendem Betreuungsbedarf durchschlagen. (Vergl. vorn 252 f.; ähnlich STÖVER 103).

lauf auch eingeschaltet wird.[355] [356] Zudem erkennt man keine Unverhältnismässigkeit in der Mittel-Zweck-Relation. Die Direktverkaufsvorschriften belassen dem Wettbewerb im Netzinnern genügenden Freiraum. Zwar ist dem Schuldner die Vorwärtsintegration und damit die Veranstaltung unorthodoxer produktinterner Konkurrenz verwehrt. Unter Stufenkollegen aber kann der Wettstreit mit den Vertragswaren ungehindert ablaufen.[357]

Anders hat man *Rücklieferbestimmungen* zu beurteilen. Bei Geschäften mit vorgelagerten Händlern werden keine Marktstufen übersprungen. Demnach droht auch kein Ausfall vertriebspolitisch gewichtiger Funktionsträger. Kommt dazu die greifbar auf Territorialschutz angelegte Zielbestimmung der Rücklieferverbote. Grosshandelslieferungen des Detaillisten sind (infolge der Spannenhäufung) wirtschaftlich nur bei zwischenstaatlichem Preisgefälle sinnvoll. Wer sie zu unterbinden trachtet, verrät die Absicht, dieses durch Grenzabsperrung zu zementieren.[358]

355 Dagegen wäre denkbar, zur Funktionssicherung im Bereiche des Kundendienstes auf marktstufenspezifische Bindungen zu verzichten. Auch bei Freigabe des Verkaufs im Rahmen einer konzeptionellen *Aufsplitterung des Absatzes* könnte einem ausgewählten Detaillistenkreis die Produktebetreuung übertragen werden. (Einzelheiten hinten 304 f.; a.M. (ohne einlässlichere Prüfung der Frage) wohl GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 182 und STÖVER 103 f.).

356 Die Kommission begründete im Fall BMW (8) die Unerlässlichkeit dagegen mit der zu erwartenden Absatzförderung.

357 Das Wettbewerbsminimum ist sonach allenfalls bei marktstarken Bindern fraglich. (Vergl. den Negativbefund in BMW 9).

358 Richtig GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 182 ;ebenso die Entscheide Junghans 13 und SABA 24.

### β) *Marktstufenindifferente Warenlaufbindungen*

#### αα) *Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, Förderung technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts*

1. Die marktstufenindifferenten Warenlauf-, insbesondere die entsprechenden Vertriebsbindungen,[359] stehen seinstypisch im Zentrum des Selektivabsatzes. Sie gestatten dem Hersteller eine präzise Steuerung bzw. Kontrolle der Verteilerketten und damit eine vertikale Absicherung des Marketing-Konzepts, fördern die zwischenstufliche Zusammenarbeit und rationalisieren den Vertriebsablauf. Ferner ermöglichen sie besondere Pflege des Goodwill von Marke und Firma, dazu umfassende kundendienst- und qualitätspolitische Sicherungsvorkehren. Die Absatzmittler begrüssen vor allem den zurückgebundenen Intra-brand-Wettbewerb und das stabilisierte Preisgefüge, aber auch die verstärkte herstellerische Betreuung und die sichereren Verkaufsquoten.

Dieser im ersten Teil der Studie[360] aufgearbeitete Vorteilskatalog ist aus dem Blickwinkel der Vertriebspartner erstellt. Daher soll wiederum zuerst untersucht werden, was die marktstufenindifferente Warenlaufordnung im *Allgemeininteresse* zu leisten vermag, welcher einzelwirtschaftliche Nutzen sich also zu einem gesamtwirtschaftlichen verdichtet. Weil im Einzelfall sehr unterschiedliche Selektionsweisungen ergehen, muss hernach eine freistellungsrechtliche Sonderprüfung der geläufigen Bindungsinhalte folgen.

2. Fürs erste ist klarzustellen, dass die marketing-politische Vertriebswegelenkung und die damit verknüpfte Regelung der produktinternen Konkurrenz als solche parteigebundenen Interessen entsprechen. Normierte Handelsketten verbürgen nicht automatisch eine zweckmässigere Warenverteilung im Sinne von Art. 85 Abs. 3. Auch befruchtete Zusammenarbeit sowie gesteigerte Verkäufe und Absatzbemühungen des Händlers schlagen integrations-

359 Pflicht des Schuldners, Geschäfte nur mit autorisierten Partnern abzuschliessen. (Vergl. vorn Bd. 1, 197).

360 Vergl. darüber eingehend vorn Bd. 1, 113 f.

politisch nicht zwangsläufig positiv aus. Doch sind sie vielmals Triebfeder einer Reihe von quantitativen und qualitativen Distributionsverbesserungen: Informelle Kooperation und auf Dauer eingerichtete Geschäftsbeziehungen gewährleisten über alle Stufen eine *regelmässige Versorgung der europäischen Märkte.*[361] Daneben lässt ein Verkauf im verringerten Abnehmerkreis eine *Rationalisierung* des Absatzes erwarten.[362] Ganz besonders aber sorgt die Bereitstellung eines ausgesuchten Verteilernetzes für eine sachkompetente und lückenfreie *Betreuung der Vertragswaren.* Indes: Ob solche Kundendienstvorkehren auch gesamtwirtschaftlich sinnvoll sind, hängt von der Warenbeschaffenheit ab.[363] Von einer verbesserten Güterverteilung kann nur die Rede sein, wo die Vertragserzeugnisse den selektionspolitisch erzwungenen Händlereinsatz erfordern. Dies führt zur Frage, für welche Produktkategorien man kartellrechtlich die Kundendienstsicherung mittels Vertikalintervention hinzunehmen habe. Verfehlt wäre eine generelle Nachsicht gegenüber Abnehmerbeschränkungen im Markenartikelvertrieb.[364] Wer markierte Waren anbietet, erwirbt sich hiermit noch keine

361 Vergl. GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 193 f. sowie die Erläuterungen von Kommission und GA im Metro-Urteil (1892 resp. 1930).

362 Vergl. BMW 7 und Metro 1930 (Schlussanträge GA REISCHL). – Aus dem Schrifttum KOLLER, Diskriminierungsverbot, 119 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 284. – Anzuzeigen ist in diesem Zusammenhang auch der geringere Verlust an Streuwirkungen beim Werbeeinsatz. (Dazu vorn Bd. 1, 141 f.).

363 Angesichts der praktischen Bedeutung des Kundendienstarguments wird die *Gutsbeschaffenheit* zum *massgeblichen freistellungsrechtlichen Bewertungskriterium.* (Gl.M. SPORMANN, Entwicklung, 441, ders., Europäischer Alleinvertrieb, 54, SCHMITT, Schwerpunkte, 107 und MÜLLER 14; dazu auch ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 204) – Rechtsvergleichend bestätigt sich die Diagnose: Ein extrem an der Eigenart des Produktes ausgerichtetes vertikales Wettbewerbsbeschränkungsrecht kennt namentlich Frankreich. (Vergl. BELKE, Geschäftsverweigerung, 158) In Deutschland spielen erzeugnisspezifische Erwägungen eine bedeutsame Rolle bei der Auslegung der Formel des "sachlich gerechtfertigten Grundes" in § 26 Abs. 2. (Vergl. statt vieler KOLLER, Diskriminierungsverbot, 114 f. und BELKE, Geschäftsverweigerung, 358 f.) Rechtshistorisch ist überdies interessant zu vernehmen, dass bereits das Dekartellierungsrecht Vertriebsbindungen nach der Beschaffenheit der Vertragswaren beurteilte. (Vergl. WESTRICK 759, SCHWARTZ, Kommentar, 6 f. und LEHMPFUHL 41).

364 Vergl. (für das französische Refus-Verbot) BELKE, Geschäftsverweigerung, 160.

grösseren Freiheiten im Absatz. Vorzüge der Kundenbedienung sind nur anzuerkennen, falls die Vertragsgüter eine *besondere Sachkunde der Verteiler* verlangen. Dies gilt einmal für Erzeugnisse mit ausgeprägten "Before-Sale-Service"-Anforderungen.[365] Dazu gehören nicht nur Vorführung und Betriebsanleitung,[366] sondern auch die Beratung und der Zuschnitt auf die individuelle Bedarfskonstellation des Käufers.[367] Bedeutungsvoller ist die Absicherung des "After-Sale-Service". Gesamtwirtschaftliche Bezüge springen natürlich vor allem bei extrem reparaturanfälligen und gefährlichen Gütern (Beispiel: Motorfahrzeuge) ins Auge. Produktpflege kann hier zum Bestandteil eines "privaten Konsumentenschutzes" des Herstellers werden. Sie liegt im Interesse der Allgemeinheit an der Verkehrssicherheit und am Umweltschutz. Darüber hinaus wird man aber vertikale Vorkehren für sämtliche technisch komplexeren Waren zulassen müssen, deren einwandfreier Gebrauch während der normalen Nutzungsdauer nur fachkundige Wartung und Reparatur garantieren.[368]

3. Eines längeren Exkurses bedarf im folgenden ein anderer erzeugnisspezifischer Gesichtspunkt der Freistellungskontroverse. Im Zusammenhang mit dem Vertrieb renommierter Markenartikel vernimmt man wiederholt, Händlerauslese sei – zumal im Absatz von *Luxus- und Exklusivartikeln* – deshalb zu rechtfertigen, weil sie dem Hersteller die Pflege des (gerade auch vom Konsumenten erstrebten) Produkteimages ermögliche. Nun wird niemand bestreiten, dass mit zielgerichteten Selektionsvorkehren eine *Förderung des Vertragswarenprestiges* einhergehen mag.[369] Doch ist zu beden-

365 Vergl. dazu (und zum folgenden) aus absatzwirtschaftlicher Perspektive vorn Bd. 1, 126 f.

366 So BELKE, Geschäftsverweigerung, 161.

367 Bsp.: Investitionsgüter, Pharmazeutika.

368 Für Freistellung bei technischen Problemartikeln die h.M.: Vergl. etwa MÜLLER 14, SPORMANN, Entwicklung, 441, ders., Europäischer Alleinvertrieb, 54, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 284, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 204 und VON DER GROEBEN, Handbuch, 109; aus der Praxis SABA 27 und BMW 6 f.

369 Vergl. vorn Bd. 1, 123 f.

ken, dass ein solches Argument der herstellerischen Goodwillsicherung für sich genommen einer einzelwirtschaftlichen Interessenbewertung verfangen ist, sonach nicht in die wirtschaftspolitische Saldobilanz von Art. 85 Abs. 3 eingehen kann.[370]

Beachtung verdienen hingegen verbraucherpolitische Folgerungen. Die Bereitstellung einer breiten Angebotspalette (mit entsprechend schattierten Absatzkanälen) verhilft – so wird vorgetragen – in der heutigen Konsumwelt zur *"Persönlichkeitsverwirklichung" durch Verbrauch.*[371] Mit der Anhebung und Differenzierung des Konsumprofils hätten sich Bedürfnisse gebildet, deren Befriedigung die Rechtsordnung nicht mittels Marktreglementierung entgegentreten dürfe. Ihre Aufgabe sei mithin nicht "Sozialpädagogik, sondern Sicherung der ungestörten Befriedigung der von den Konsumenten manifestierten Bedürfnisse."[372] Dazu gehöre auch (und gerade) das Konsum- und Werterlebnis beim Erwerb von Luxus- und Exklusivgütern, zumal diese auf das gesellschaftliche *Sozialprestige* ausstrahlten.[373] Für das vertikale Wettbewerbsbeschränkungsrecht interessiert vor allem die Folgerung, man habe jene absatzwirtschaftlichen Steuerungsmassnahmen des Herstellers zu dulden, die auf die Verwirklichung eines adäquaten Konsumklimas in den Verteilerketten hinzielten.[374]

370 Gl.M. SCHEUFELE, Selektive Distribution, 10; für das französische Recht BELKE, Geschäftsverweigerung, 154; anders SCHIEFER 81.

371 Vergl. SCHRICKER 536 und STREISSLER 252; im gleichen Sinne ferner STEINMANN 220 f. – Nach einlässlichen verbrauchersoziologischen Untersuchungen gelangt auch WISWEDE zum Schluss, es sei "nicht in Abrede zu stellen, dass die Vielfalt des Angebotes schöpferische Motivationen in Gang zu setzen vermag, die den 'blossen' Konsum transzendieren und die ohne die Möglichkeiten einer fortgeschrittenen Konsum-Kultur nicht realisierbar wären". (282).

372 SCHRICKER 538.

373 Zum letzteren ausführlich WISWEDE 156 f.

374 Aus diesen und ähnlichen Erwägungen für Freistellung des Luxuswarenvertriebs MÜLLER 14, SPORMANN, Entwicklung, 441, ders., Europäischer Alleinvertrieb, 54, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 204, STÖVER 101 und (im Zusammenhang mit dem Absatz von Pariser Parfums) SCHEUFELE, Selektive Distribution, 10 f. Dagegen stellt die Kommission nachdrücklich fest, dass selektive Vertriebssysteme "nicht schon deswegen nach Artikel 85 Absatz 3 vom Kartellverbot

Einer solchen Argumentationsführung ist zunächst entgegenzuhalten, dass sie an den jüngsten *verbraucherpsychologischen Erkenntnissen* vorbeisieht. Sie unterstellt vorgegebene Bedürfnisse und vernachlässigt (oder verdrängt) den herstellerischen Beeinflussungsmechanismus. Nun hat aber die neuere Theorie der Werbewirkungen (insb. *Vektortheorie)*[375] nachgewiesen, dass der Kaufentscheid des Konsumenten im Spannungsfeld zwischen Produktbildstruktur und Motivgefüge steht. Der Verbraucher wählt dasjenige "Produkt, dessen Vorstellungsbild seiner Bedürfnislage am besten entspricht." Demzufolge muss "Ziel der Absatzstrategie .... sein, allfällige Lücken im Matrizenverhältnis zwischen Konsument und Produzent zu schliessen oder doch zu verkleinern, d.h. eine möglichst grosse Übereinstimmung von Motivstruktur und Produktbildstruktur herbeizuführen."[376] Dieser Befund leitet in der hier interessierenden Problemstellung zur Frage über, ob der Prestigekauf letztendlich nicht in einer gezielten Produzenteneinwirkung auf die Bedürfnisformierung wurzle. Man wird dies in der Tat bejahen müssen. Wer sich innerhalb des werbepsychologischen Instrumentariums umblickt, kann nicht übersehen, dass im Luxusartikelvertrieb vor allem die *"Imagestrategie"*[377] Anwendung findet. Der

freigestellt werden können, weil es sich um Luxusartikel handelt." (4. Wettbewerbsbericht, 27; gl.M. im Grundsätzlichen SCHEUFELE, Selektive Distribution, 11; anders noch 3. Wettbewerbsbericht 22). – Einer aussergewöhnlichen Toleranz des Wettbewerbsgesetzgebers begegnet man vor allem in Frankreich, was freilich nicht zuletzt mit der in diesem Lande verbreiteten Luxusgüterindustrie zu erklären sein dürfte. (Vergl. insb. BELKE, Geschäftsverweigerung, 162 f.).

375 Es ist namentlich das Verdienst der vortrefflichen Studie von BAUDENBACHER, mit umfassender Realienforschung der Rechtswissenschaft das empirische Material erschlossen und für eine wirtschaftsrechtliche Beurteilung von Werbe- und Absatzpraktiken aufgearbeitet zu haben. – Vergl. zu dem heute einschlägigen Modell der jüngeren Motivforschung (Vektormodell) BAUDENBACHER 40 f. (mit breiter Dokumentation).

376 BAUDENBACHER 55.

377 Die Imagestrategie fusst auf der Erkenntnis, dass die Werbewirksamkeit Funktion der Vorstellung ist, die sich der Verbraucher vom angebotenen Gut macht. In diese Vorstellungswelt fliesst nicht nur die objektive Produktbeschaffenheit, sondern auch eine Reihe psychologischer Momente ein. (Ausführlich BAUDENBACHER 33 f.).

Hersteller baut sich für die Vertragswaren ein eigenständiges Produktimage auf, – nämlich dasjenige eines besonderen individuellen Werterlebnisses und einer gesteigerten sozialen Geltung –, mit dem er den Kaufentscheid des Verbrauchers massgeblich beeinflusst. Hiermit gelingt ihm zweierlei: Zum einen die Ablenkung von der objektiven Warenbeschaffenheit,[378] zum andern die künstliche Differenzierung an sich homogener Güter.[379] Als Zwischenergebnis lässt sich folglich festhalten, dass Konsumentscheide über Prestigegüter weitgehend Ergebnis fremdgelenkter Produktbildvorstellungen, sonach ein Kind der *Suggestivwerbung*[380] sind.

All das entscheidet europakartellrechtlich freilich vorderhand nichts, weil "Verbrauchermanipulation" und Weckung "falscher Bedürfnisse" (MARCUSE) noch keinen Per-se-Tatbestand der Freistellungsunwürdigkeit abgeben.[381] Vielmehr ist nach den *gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen* solcher suggestiver Reklamemethoden zu fragen. Unter integrationspolitischen Aspekten stechen drei Gesichtspunkte heraus: Variiert Suggestivwerbung (psychologisch) das Produktbild, verengt sie die sachlichen Marktgrenzen. Dies wiederum vermindert die Markttransparenz[382] und lässt höhere Preise infolge der beschränkten Nachfrageelastizität zu.[383] Weiter ist der

378 Dies vor allem (aber nicht nur) dann, wenn der "Zugang zur objektiven Beschaffenheit der Ware" erschwert ist, also "das Produkt dem Konsumenten einen zuverlässigen Einblick in seine Qualität" nicht erlaubt. (BAUDENBACHER 36).

379 Vergl. BAUDENBACHER 38. – Vergl. in diesem Zusammenhang auch KARTTE (51 f.), der eindrücklich die policy des Markenartikelproduzenten in der Spätphase eines Marktes, besonders den zwangsläufigen Übergang von der (echten) "technischen" zur (unechten) "wirtschaftlichen" Produktdifferenzierung, schildert. (Zu dieser Unterscheidung MELLEROWICZ, Markenartikel, 87 f.).

380 Zum Begriff der Suggestivwerbung (mit Überblick über die Terminologie im Schrifttum) BAUDENBACHER 88 f.

381 In diesem Belange zutreffend (für das GWB) SCHRICKER 537.

382 Vor allem wird dem Konsumenten ein objektiver Vergleich von Preis und Qualität erschwert. (BAUDENBACHER 95 sowie STEUBER 77 ; vergl. im Zusammenhang auch MERK 90).

383 Zu Recht stellt BAUDENBACHER die verhängnisvolle Spiralwirkung heraus, die dadurch entsteht, dass hohe Preise sich wiederum als Qualitätsausweis vermarkten lassen. (96; vergl. über den *Veblen-Effekt* und über Hochpreise als Folge mangelnder Markt- und Qualitätstransparenz auch WISWEDE 162).

Suggestivwerbung eine Förderung der Unternehmenskonzentration anzulasten. Die mit den aufwendigen Reklamefeldzügen verbundene Belastung des Werbeetat begünstigt grosse Wettbewerbseinheiten.[384] Entsprechend hoch fallen die "market entry barriers" für Neuzuzügler aus. Sie können aus kostenwirtschaftlichen Gründen (und wegen anderweitiger Benachteiligung)[385] vor verschlossenen Märkten stehen.[386] Endlich ist die Verknüpfung von Suggestivwerbung und Marktform anzuzeigen. Man weiss, dass reklameintensive Branchen generell zum Oligopol tendieren.[387] Verhängnisvoll ist aber die Folgewirkung, dass "oligopolistische Marktstrukturen ..... ihrerseits wieder den Einsatz von Suggestivwerbung" herausfordern,[388] weil hier Wettbewerbsschlachten vor allem auf der nichtpreislichen Ebene ausgetragen werden.[389] Daraus resultiert auch die bekannte Starrheit im Preisgefüge.[390]

Was an volkswirtschaftlichen Schäden der Suggestivwerbung aufgedeckt wurde, ist für den hier in Rede stehenden Prestigegüterabsatz zu exemplifizieren. Die ihm zugrundeliegende subjektive Produktdifferenzierung splittert den Markt in Teilsegmente auf. Sie öffnet dem Inhaber starker Marken einen Freiraum für monopolartiges Gebaren. Dem Konsumenten aber drohen hochgehaltene Preise und eine verschüttete Markttransparenz; beides *beeinträch-*

384 Zur konzentrationsfördernden Wirkung der Werbung vor allem SUNDHOFF, Werbung, 428 f. (mit weiteren Fundstellen), STEUBER 47 f. und BLUME/MÜLLER 59 f.

385 Einzelheiten bei BAUDENBACHER 98.

386 Vergl. MERK 91 und BAUDENBACHER 97 f.

387 Vergl. STREISSLER 275.

388 BAUDENBACHER 98.

389 Denn Nichtpreiskonkurrenz ist regelmässig weniger bedrohlich. Zudem erlaubt sie eine künstliche Produktdifferenzierung und verschafft dem Wettbewerber einen längerdauernden Marktvorsprung. (Vergl. etwa GREMINGER 36; im besonderen zur Werbekonkurrenz BAUDENBACHER 98 f. und GIESELER 225).

390 Sie führt letzten Endes zu einer *Abnahme des realen Haushalteinkommens und des Sozialproduktes.* (Näheres bei BAUDENBACHER 99 und BLUME/MÜLLER 141; drastisch auch GIESELER 227).

*tigt* den *Allokationsmechanismus des Wettbewerbs.*[391] Mehr noch: Mit der Herausstellung des (immateriellen) Zusatznutzens *entzieht* der Hersteller die Vertragswaren weitgehend einer *pretialen Nachfragelenkung.*[392] Daraus wird nun gelegentlich gefolgert, das Kartellrecht habe diese Entwicklung zu dulden, weil es eben nur dort systemgerecht spielen könne, wo im Grunde (auch aus Konsumentensicht) freies Marktspiel walte.[393] Solche Argumentation befremdet in zweierlei Hinsicht: Einmal ist kaum haltbar, Vertriebspraktiken mit dem Hinweis auf erzeugnisspezifische Determinanten und auf (in dieser Form fingierte) Verbraucherpräferenzen[394] freizusprechen, ohne die individualpsychologischen und (vor allem) die gesamtwirtschaftlichen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen.[395] Zumal aber bedeutet dieser Ansatz nichts anderes als Kapitulation vor den Realien. Führt man die Deduktion nämlich zu Ende, steht man vor einem absonderlichen Ergebnis: Vertikale Intervention entginge gerade dann kartellrechtlicher Kontrolle, wenn dem Hersteller (mittels gezielter Imagestrategie) eine Lahmlegung des Preismechanismus und damit der produktexternen Konkurrenz gelänge.

*Zusammenfassend* und mit Rückblick auf die Ausgangsfragestellung ist zu unterstreichen, was bereits im Laufe der Problemerörterung ersichtlich wurde: Die Befriedigung immaterieller Konsumbedürfnisse durch Exklusivwarenvertrieb kann für sich genom-

391 Vergl. BAUDENBACHER 167 f. (mit bemerkenswerten lauterkeitsrechtlichen Folgerungen).

392 Vergl. BAUDENBACHER 169.

393 Nach BELKE (Geschäftsverweigerung, 162 f.) "passt die ratio legis der Gesetze zur Aufrechterhaltung des Wettbewerbs schlecht auf Produkte, deren Austausch der Sache nach nicht den Gesetzen des Massenabsatzes folgen kann." Zum Beleg verweist er gerade auf die wegen ihres hohen Preises erstandenen Exklusivartikel.

394 Vergl. hier auch die rechtstatsächlichen Vorbehalte bei SCHEUFELE, Selektive Distribution, 11.

395 Wie die vorstehenden Erörterungen aufgezeigt haben, können gesamtwirtschaftliche Belange nicht mit dem Vermerk ausgeschöpft werden, das Allgemeininteresse sei "nicht verletzt, wenn wenige Privilegierte, die sich Luxus leisten können, hohe Preise bezahlen." (BELKE, Geschäftsverweigerung, 163).

men keine Distributionsverbesserung im Sinne von Art. 85 Abs. 3 darstellen. Denn allenthalben ist Suggestivwerbung im Spiel, also eine Absatzmethode mit gesamtwirtschaftlich negativem Ausschlag.

4. In der freistellungsrechtlichen *Saldobilanz* können als *Aktivposten* einer marktstufenindifferenten Warenlaufordnung demnach lediglich die kontinuierliche Marktversorgung, die rationellere Verkaufsabwicklung und (vor allem) die Kundendienstgewähr bei betreuungsbedürftigen Erzeugnissen Bestand haben. Ihnen steht der klare wettbewerbspolitische *Nachteil* einer verringerten Anbieterzahl im Vertragswarenabsatz gegenüber.[396] Damit verknüpft ist die Einebnung der produktinternen Konkurrenz durch Gleichrichtung der Vertriebskonzeptionen in den Verteilerketten. Beides hat einen gedrosselten händlerischen Preiswettbewerb zur Folge.[397] Die abstrakte Konfrontation der Vor- und Nachteile von marktstufenindifferenten Klauseln erhellt, dass ein endgültiger Saldobefund sich nicht für den Bindungstypus schlechthin erstellen lässt. Vielmehr sind die einzelnen Abspracheinhalte gesondert (auf ihren Beitrag zur Realisierung der gesamtwirtschaftlichen Ziele und auf ihre Wettbewerbsschäden hin) zu überprüfen. Nach den absatzpolitischen Selektionsgrundlagen hat man zumal qualitative und quantitative Ausscheidung auseinanderzuhalten.

5. Bei den *Warenlaufbindungen mit Diktat qualitativer Selektion* fallen die Drittausschlüsse wettbewerbspolitisch deshalb weniger ins Gewicht, weil sie allein am Absatzleistungsvermögen der Nachfrager ausgerichtet sind. Die Verteilernetze bleiben offen; jeder findet Aufnahme, der den herstellerischen Anforderungen entsprechen kann und will. Qualitative Händlerbegrenzung erfüllt daher regelmässig die erste Freistellungsvoraussetzung, sofern den folgenden zwei Prämissen Genüge getan wird:

Einmal ist die Abnehmerauswahl *objektiv* zu vollziehen.[398] Dies schliesst jede Verwendung nicht leistungsuntermauerter Kri-

396 Vergl. vorn Bd. 1, 280 f.

397 Die vereinheitlichten Leistungsanforderungen nivellieren den Kostenaufwand der Absatzstellen und lähmen damit den Anreiz zu einer Tiefpreispolitik. (Vergl. vorn Bd. 1, 129 f.; dazu auch Metro 1905 f.).

398 Vergl. SABA-Bekanntmachung 290.

terien aus. Kein Händler darf aus persönlichen Gründen auf die Sperrliste gesetzt werden. Objektivität im Selektionsprozess verlangt weiter die Angemessenheit der Eingliederungsbedingungen im Hinblick auf das vertriebene Produkt.[399] Kundenbegrenzungen auf der Vorlage eines offensichtlich übersetzten Anspruchprofils sind gesamtwirtschaftlich nicht zu rechtfertigen. Als zweite Voraussetzung ist die *einheitliche und diskriminierungsfreie* Anwendung der qualitativen Auslesevorschriften gefordert.[400] Verboten bleiben lückenhafte, in sich inkonsequente Absatzorganisationen. Belässt der Hersteller systemfremde Händler im Netz, beweist er selber deren Vertriebstauglichkeit und damit die fehlende Kausalität zwischen der Selektionsanweisung und den angerufenen Distributionsverbesserungen. Mithin besteht in der praktischen Durchführung ein "Systemzwang", d.h. ein "Zwang zum individuellen Planungsminimum".[401]

Diese Grundsätze sind anhand der gebräuchlichen Kriterien der Qualitativselektion zu verdeutlichen.[402] Nicht leistungsbezogen im eigentlichen Sinne ist die Aussonderung nach der *finanziellen Leistungskraft.* Ihre Freistellung mag man allenfalls erwägen, wenn kreditunwürdige[403] (d.h. existenzbedrohte) Absatzstellen zu meiden sind, die die zukünftige Marktversorgung im Sitzgebiet gefährden, oder wenn die Vertragswaren einen aussergewöhnlichen, vom Händler nicht erbringbaren Investitionsaufwand erfordern.[404] Zu einer vorteilhafteren Warenverteilung führt dagegen

399 In einem ähnlichen Sinne MÜLLER 12 und 5. Wettbewerbsbericht 26 ;vergl. ferner SCHEUFELE, Selektive Distribution, 13.

400 Gegen willkürliche Handhabung der Selektionspraxis auch BAROUNOS/HALL/JAMES 55 und die Kommission im 3. Wettbewerbsbericht 22 und in der SABA-Bekanntmachung 290 f. ; vergl. ausserdem STÖVER 103 und MÜLLER 12.

401 DERLEDER 196.

402 Die nachstehende Übersicht folgt dem vorn (Bd. 1, 93 f.) aufgearbeiteten absatzwirtschaftlichen Kriterienkatalog.

403 Kreditunwürdigkeit als rechtmässigen Eliminationsgrund anerkennen (beim deutschen Diskriminierungsverbot) PEUKERT 120, TETZLAFF 76, SCHIEFER 82, SEEBAUER 125 und BELKE, Geschäftsverweigerung, 358.

404 Kaum zu billigen ist der ausschliessliche Absatz über finanzkräftige Grossbetriebe. (Beachtlich DERLEDER 197 f.).

regelmässig eine an *Mindestbezugsmengen* orientierte Auswahl.[405] Sie verhindert eine Umsatzverzettelung durch Kleinaufträge und begünstigt hiermit die Vertriebsrationalisierung. Allerdings dürfen keine willkürlichen Abnahmequoten festgesetzt werden, die Neukonkurrenten den Marktzutritt verwehren[406] oder faktisch eine Bezugsexklusivität einrichten. Aus dem umfangreichen Katalog der marketing-politischen Gesichtspunkte sind jene nicht zu dulden, die über die effektive Leistungsfähigkeit nichts auszusagen vermögen. Im Vordergrund stehen die *Betriebsgrösse* und der *Ruf* einer Verteilerstelle.[407] Gleiches gilt grundsätzlich für die *Standort*auswahl (im engeren Sinn).[408] Sie dient vornehmlich der integrationspolitisch nicht schützenswerten Befriedigung von Prestigebedürfnissen.[409] Regionale Beschränkungen kann man höchstens unter den strengen Freistellungsbedingungen der Quantitativselektion[410] gutheissen, sofern keinerlei marktabschottende Absichten im Spiele sind. Nach *Raum, Ausstattung* und *Einrichtungen* darf ein Produzent Händler ausscheiden, der sperrige oder servicebedürftige Erzeugnisse anbietet. Die Geschäftsverweigerung muss sich alsdann nach dem Raumangebot oder nach der technischen Ausrüstung richten. Hier wird genügender Lagervorrat, dort befriedigende Produktebetreuung gesichert. Anforderungen an die geschmacklich-ästhetische Seite der Raumgestaltung sind dann nicht mehr rechtfertigungswürdig, wenn sie Teil einer herstellerischen Image-Strategie im Rahmen des Prestigeartikelvertriebs bilden.[411] Zu unterscheiden hat man bei der *sortiments*gerichteten

405 Mit gleichem Ergebnis MÜLLER 14 und FORRESTER 20. – Vergl. aus der deutschen Lehre TESSIN, Markenartikelvertrieb, 686, MAYER-WEGELIN 64 h, SCHIEFER 87, ULMER, Diskriminierungsverbot, 669, PEUKERT 119, TETZNER 183.

406 Dazu vor allem SCHIEFER 87.

407 Vergl. bereits die absatzwirtschaftlichen Vorbehalte vorn Bd. 1, 95 f.

408 Zum Begriff vorn Bd. 1, 97 f.

409 Vergl. vorn 289 f.

410 Darüber hinten 300 f.

411 A.M. FORRESTER 20 und MÜLLER 14 sowie (für deutsches Recht) HEFERMEHL 287, KARTTE 67, BENISCH, Kommentar I, 54, TETZNER 175 und PEU-

Auslese. Keine gesamtwirtschaftlichen Bezüge werden offenbar, falls der Hersteller (zur Konzentration der Verkaufsanstrengungen) nur Händler mit engen Sortimenten zu bedienen befiehlt. Hingegen ist das Aufsuchen breiter und tiefer Sortimente zu billigen. Es erleichtert dem Verbraucher den Warenvergleich an Ort und Stelle und fördert damit die Markttransparenz. Die Warenverteilung verbessern auch Abnehmerdifferenzierungen nach *Kundendienstleistungen*,[412] sofern das Anforderungsprofil mit Blick auf die Eigenart der Vertragserzeugnisse angemessen ist. Unter der gleichen Voraussetzung erscheinen die qualitative *Lagerhaltung* herausstellende Vertriebsvorschriften gerechtfertigt.[413] Sie sind eine Massnahme zur Qualitätssicherung vor Verkauf.[414] Die Händlerbegrenzung nach Mindestlagern gewährleistet eine ebenmässige Vertragswarenversorgung und rationalisiert den Vertrieb.[415] Art. 85 Abs. 3 findet freilich nicht Anwendung, wenn exzessive Ansätze auf Ausschliesslichkeitsverkehr hinzielen.

Das Verbot leistungsfremder Selektionsweisungen betrifft ganz besonders alle Formen des *preispolitisch motivierten Kundenausschlusses*. Selektiver Vertrieb ruft bereits durch die Gleichschaltung der Verteilerkanäle eine gewisse Stabilität im Preisgefüge hervor. Angesichts des integrationspolitischen Stellenwerts der produktinternen Preiskonkurrenz hat der Hersteller jeden zusätzlichen Eingriff zu unterlassen. Persönliche Warenlaufabsprachen dürfen

KERT 120. – Wie hier wohl SCHEUFELE (Selektive Distribution, 13), nach dem "die 'Aufmachung' ..... nicht als 'objektives' Kriterium der Abgrenzung" gelten kann.

412 Ebenso MÜLLER 14 und FORRESTER 20; vergl. dazu SCHEUFELE, Selektive Distribution, 13. – Einmütig auch das Schrifttum zu § 26 Abs. 2 GWB: Vergl. z.B. RIESENKAMPFF 207, PEUKERT 120, BELKE, Geschäftsverweigerung, 330 f. (mit Hinweisen auf die Praxis), KARTTE 68 und 73, BENISCH, Kommentar I, 52, HEFERMEHL 287, SEEBAUER 125.

413 Zum deutschen Recht SEEBAUER 125, BENISCH, Kommentar I, 53 und KARTTE 68.

414 Dies gilt in Sonderheit für Problemgüter bezüglich der chemisch-physikalischen Beschaffenheit. (Vergl. über diese produktspezifische Determinante des Selektivvertriebs vorn Bd. 1, 78).

415 Gl.M. MÜLLER 14.

namentlich nicht als Preisbindungsersatz missbraucht werden.[416] Untersagt bleibt sonach jede direkte und indirekte Eliminierung preisuntreuer Nachfrager,[417] es sei denn, diese genügten berechtigten qualitativen Erfordernissen nicht, oder es liege ein Rechtfertigungsgrund der quantitativen Beschränkung vor.[418]

Gleichfalls nicht leistungsorientierte Kundenauswahl ist der Boykott gegenüber bestimmten *Handelsbetriebstypen.*[418a] Die bei diesem Selektionsverfahren unterstellte Verknüpfbarkeit von Betriebsform und Vertriebseigenschaften erscheint angesichts des heute verbreiteten "trading up" nicht mehr haltbar.[419] Dies geht in der Praxis vor allem das Warenhaus mit Fachabteilungen an. Seine generelle Aussperrung verstösst daher gegen die Gleichbehandlungsmaxime.[420] Sie wird erst dann zulässig, wenn ein Individualtest die objektive Vertriebsuntauglichkeit in jedem einzelnen Falle aufgedeckt hat.[421] Keinen Pauschalfreispruch verdient endlich der sog. *"Fachhandelsvertrieb".* Zu unbestimmt ist der Begriff des "Fachgeschäftes", als dass er als selektionspolitische Leitlinie

416 Zur Ersetzung von Preis- durch gezielte Vertriebsbindungen BELKE, Kundenbeschränkung, 83 f. und ders., Geschäftsverweigerung, 68 f. – Auch anlässlich der Diskussion um die jüngste Novellierung des deutschen Diskriminierungsrechts wurde immer wieder als wettbewerbspolitisches Schutzanliegen herausgestellt, einer faktischen Aufrechterhaltung von gebundenen Zweithandpreisen mittels selektiver Absatzsysteme vorzubeugen. (Vergl. HEFERMEHL 288, KARTTE 65, ULMER, Diskriminierungsverbot 668, LÜBBERT 242; ferner BAUR, Diskriminierungsverbot, 52 und BENISCH, Kommentar II, 70). – Als Beispiele aus der Praxis der Rechtsanwendungsbehörden konsultiere man die Fälle "Rossignol" (WuW/E BGH 1393) und "robbe-Modellsport" (WuW/E OLG 2000).

417 Hauptfall: Liefersperre gegenüber Discountern.

418 Wie hier FORRESTER 20.

418a Gl.M. (im Zusammenhang mit § 26 Abs. 2 GWB) KARTTE 68.

419 Vergl. vorn Bd. 1, 107 f.

420 Einer Freistellung widersetzte sich die Kommission auch in den Entscheiden Junghans 13 und Omega 28 sowie in der SABA-Bekanntmachung 291. – Gl.M. STÖVER 103.

421 Vorbehalten bleibt wiederum ein ausnahmsweise billigenswerter quantitativer Händlerausschluss.

zum vornherein einen objektiven und nicht-diskriminierenden Netzaufbau verbürgte.[422] Mithin hängt alles vom unterlegten Idealtypus ab. Er darf kein übersetztes Anspruchsprofil enthalten. Wie bei der gemeinen Qualitativauslese sind die geforderten absatzwirtschaftlichen Eigenschaften den erzeugnisspezifischen Determinanten anzupassen.[423]

6. Bei *Warenlaufbindungen mit Diktat quantitativer Selektion* fällt wettbewerbspolitisch sofort der leistungsindifferente Kern der Vertriebsstellenbeschränkung auf. Die Anwendung der Verteilungsdichte als selbständiges Selektionskriterium schafft geschlossene Absatzsysteme und verdrängt unweigerlich (auch) vertriebstüchtige Händler.[424] Diese einschneidende Schädigung der Intra-brand-Konkurrenz wird die gesamtwirtschaftliche Bilanz im Rahmen von Art. 85 Abs. 3 meist zu einem negativen Saldo bringen.[425] Ausserdem ist zu beachten, dass die angerufenen Vorzüge der Quantitativselektion sich häufig auf die in ihr mitvollzogene qualitative Primärbeschränkung[426] und nicht auf die weitergetriebene Verdünnung des Netzes zurückführen lassen.

So ist Quantitativauswahl nicht mit dem Argument zu rechtfertigen, sie fördere gemeinhin den *Kundendienst.* Eine Betreuung von Produkt und Käufer wurzelt im absatzwirtschaftlichen Standard, den ein Hersteller selektionspolitisch durchsetzt. Kausalität zwischen der Zusatzbegrenzung und der Zielverwirklichung wird man bestenfalls dann bejahen können, wenn Kundendienstleistun-

422 "Soweit ein Begriff sich durch objektive Merkmale nur unzulänglich abgrenzen lässt, kann eine Diskriminierung dadurch eintreten, dass der Begriff einem zu engen Kreis von Unternehmen vorbehalten wird." (BENISCH, Kommentar I, 53).

423 Beachtlich im Zusammenhang DERLEDER 86 f. (mit Fundstellen aus der BKartA-Praxis).

424 Vergl. vorn Bd. 1, 55.

425 Auf den *Ausnahmecharakter* einer Freistellung quantitativer Auswahl verweisen auch STÖVER 102 und die Kommission im 5. Wettbewerbsbericht 26; grosszügiger KNOLL 157 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 193 f. – Wie hier für das deutsche Recht KARTTE 68.

426 Zu diesem formal zweischichtigen quantitativen Selektionsverfahren vorn Bd. 1, 55 f.

gen ein besonders enges vertikales Zusammengehen erheischen. Hinzuweisen ist etwa auf den Vertrieb technisch hochentwickelter Güter, die einen ständigen Austausch von Informationen nötig machen.[427] Nichts anderes gilt für die Verknüpfung zwischen Numerus clausus der Absatzstellen und verbesserter *Marktversorgung*. Ausregulierte Warenströme sind das Ergebnis auf lange Frist angelegter Geschäftsbeziehungen und der informellen Kooperation zwischen allen Stufen.[428] Ein eigenständiger ursächlicher Beitrag der quantitativen Selektion ist nur ausnahmsweise dort anzuerkennen, wo erzeugnisspezifische Eigenheiten eine ungewöhnlich intensive Zusammenarbeit gebieten.[429]

Selten dürfte es indessen an der Kausalität zwischen zahlenmässiger Sekundärbeschränkung und *Vertriebskostensenkung* mangeln. Wie man weiss, lässt sich mittels qualitativer Auslese die Anzahl der Verteiler unzulänglich steuern, weil nicht feststeht, wieviele sich dem Willen des Herstellers beugen.[430] Quantitativselektion dagegen ermöglicht eine kostenwirtschaftlich optimale Verteilungsdichte.[431] Aus diesem Grunde wird nun vielfach für kartellrechtliche Unbedenklichkeit votiert, "da kein Unternehmer gezwungen werden (könne), seinen Vertrieb unwirtschaftlich zu gestalten...".[432] Einer solchen Folgerung ist entgegenzuhalten, dass sie Rationalisierungserfolge zu einem per se freistellungswürdigen

427 Mit dieser Begründung rechtfertigte die Kommission die strengen quantitativen Händlerbeschränkungen in der Automobilindustrie. (Vergl. 5. Wettbewerbsbericht 26 f. und BMW 7; zustimmend EBEL 821, GRAUEL 488, STÖVER 102, SCHEUFELE, Selektive Distribution, 13, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 194, KNOLL 157, FORRESTER 20).

428 Vergl. vorn Bd. 1, 122.

429 Weniger streng GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 193 f.

430 Vergl. vorn Bd. 1, 54 f.

431 Vergl. die Anzeige von Rationalisierungseffekten im Entscheid BMW 5 und bei GRAUEL 488.

432 HEFERMEHL 287, in Abhandlung von § 26 Abs. 2 GWB; ebenso TESSIN, Markenartikelvertrieb, 687; weit zurückhaltender KARTTE 74. – Vertriebskostensenkung als (generellen) Rechtfertigungsgrund anerkennen weiter SCHRICKER 540, SEEBAUER 125 und BENISCH, Kommentar II, 70.

Tatbestand stempelt. Vertragspolitischer Nutzen nach Art. 85 Abs. 3 hat man jedoch im Rahmen einer umfassenden Saldobilanz auszumitteln. Diese verdichtet sich im Kontext vor allem auf die *Gegenüberstellung von Rationalisierungs- und Wettbewerbswirkungen.* Mithin entscheidet, ob eine kostengünstigere Vertriebsabwicklung die schwerwiegenden Konkurrenzstörungen einer quantitativen Verdrängung von Händlern wettzumachen vermag. Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung für den Regelfall zu verneinen. Eine Ausnahmesituation mag dann vorliegen, wenn mit der Aufgabe der Zusatzselektion in jeder Beziehung ausserordentliche Einbussen der Effizienzsteuerung verbunden sind.[433] [434]

### ββ) *Verbraucherbeteiligung*

Soweit marktstufenindifferente Warenlaufklauseln die Verteilung der Vertragserzeugnisse verbessern, haben auch die Verbraucher an den erzielten "Gewinnen" angemessen teil. Die kontinuierliche Marktversorgung wirkt sich günstig auf die Beschaffungslage aus; Nachfrager aller Stufen dürfen auf erhöhte Lieferbereitschaft zählen.[435] Desgleichen sind Kosteneinsparungen durch Rationalisierung verbraucherfreundlich, wenn sie nicht von den Kontrahenten gehortet werden. Schliesslich schlagen die Kundendienstvorkehren positiv zu Buche. Sie verbürgen der Marktgegenseite eine gestreute und sachverständige Betreuungsorganisation.[436]

433 Zur Frage des ziffernmässigen Ausweises von Kosteneinsparungen GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 281; aus der (uneinheitlichen) deutschen Lehre BELKE, Geschäftsverweigerung, 358, SCHIEFER, 86, KOLLER, Diskriminierungsverbot, 159 und BENISCH, Kommentar II, 70.

434 Der Vollständigkeit zuliebe sei vermerkt, dass Freistellung nicht mit dem Argument erfochten werden kann, Quantitativselektion sei zur Wahrung der *Exklusivität in den Verteilerkanälen* geboten. (Vergl. vorn 289 f.; a.M. offenbar STÖVER 101 und FORRESTER 20; für das deutsche Diskriminierungsrecht SCHRICKER 540 und BELKE, Geschäftsverweigerung, 329).

435 Dieser Verbrauchervorteil wird auch herausgestellt in den Entscheiden BMW 8, Omega 26 f. und SABA 27; ebenso KNOLL 157.

436 Wie bereits verschiedentlich vermerkt, ist aber auch aus Abnehmerperspektive ein selektionspolitisch erzwungener dienstleistungsintensiver Vertrieb nur bei Gütern

Die *qualitative Angemessenheit* der Verbraucherbeteiligung hängt von den *preispolitischen Konsequenzen* der Händlerauslese ab. Bekanntlich lässt sich jedem Selektivvertrieb eine "natürliche" Neigung zur Selbstregulierung der Konsumentenpreise nachweisen.[437] Diese wird man auch im Rahmen der nachfragerorientierten Saldobilanz hinnehmen, solange sie Reflexwirkung des verbesserten Leistungsangebotes ist. Dann freilich gebührt alle Aufmerksamkeit der Prüfung, ob eine weitergreifende Erstarrung im Preisgefüge auftrete. Darüber entscheidet nicht allein die Preisneutralität im Selektionsprozess selber.[438] Vielmehr muss die Absatzordnung als ganze auf ihre pretialen Folgen hin untersucht werden. Zeigen sich im Zusammenwirken der einzelnen Vertikalvorkehren Einbrüche in den preispolitischen Spielraum der Händler, die das systembedingte Mass sprengen, wird selektiver Vertrieb unter dem Gesichtswinkel der angemessenen Verbraucherbeteiligung freistellungsunwürdig.[439]

Überwiegen indessen die Vorteile für die Abnehmerschaft, dürfte auch deren *Weitergabe* gewährleistet sein. Marktstufenindifferente Klauseln lassen netzinternen Warenbewegungen freien Lauf. Vor allem sind nach Belieben Ein- und Verkäufe im Ausland möglich.[440]

### γγ) *Unerlässlichkeit*

Um freigesprochen zu werden, müssen die hier in Rede stehenden Bindungen weiter den Unerlässlichkeitstest bestehen. Die

erwünscht, die eines vor- oder nachverkäuflichen Services bedürfen. Andernfalls beeinträchtigt er unnötig die Wahl zwischen mehreren Angebotskonstellationen. (Vergl. vorn 252 f.).

437 Vergl. vorn Bd. 1, 129 f.

438 Zum Verbot am Preisverhalten ausgerichteter Händlerbeschränkungen vorn 298 f. – Vergl. im Kontext die Anwürfe der Klägerin im Fall Metro (1889, 1891).

439 Grosszügiger offenbar der Gerichtshof im Urteil Metro (1906); vergl. auch die Ausführungen zum pretialen Wettbewerbsminimum hinten 309.

440 Ebenso BMW 8 und SABA 27 sowie KNOLL 157; ferner hinten 308.

Frage, ob für die Verbesserung der Güterverteilung eine wettbewerbskonforme Vertriebsordnung auszuhelfen vermag, verneint die europäische Lehre und Praxis einmütig, ohne allerdings absatzpolitische Alternativen auszuloten.[441] Eine solche Folgerung erscheint voreilig. Nähere Betrachtungen zur Sache zeigen, dass die Unerlässlichkeit – zumal die Prämissen der Notwendigkeit und des Einsatzes des schonendsten Mittels – einmal mehr zum eigentlichen Angelpunkt der Freistellungsprüfung werden können. Vor allem ist abzuklären, ob *Kundendienste* – wie behauptet – nur mit geschlossenen autorisierten Händlernetzen sichergestellt sind. Dabei hat man wiederum zwischen den Aspekten der Funktionswahrnehmung und der Funktionsabgeltung zu sondern:

Ausgangspunkt der Untersuchung der *Funktionswahrnehmung* bildet das Verbraucherinteresse, "das sich im allgemeinen nur auf die Leistungen selbst, weniger aber auf die Frage bezieht, wer sie erbringt."[442] Sonach muss für die Produktebetreuung zwar eine sachkompetente Serviceorganisation aufgebaut, dieser aber nicht zwingend das Vertriebsmonopol zugetragen sein. Durchaus vorstellbar ist ein *"gespaltener" Vertrieb,* will heissen die konzeptionelle Auftrennung von Verkauf und Kundendienstversorgung:[443] Die eigentliche Güterverteilung erfolgt gestreut, für die Pflege der Vertragswaren ist der Fachhändlerkreis zuständig. Um das gewünschte Profil im eigenen Betreuungsnetz zu verankern, kann der Hersteller den konzessionierten Verteilern die einschlägigen marketing-politischen Pflichten überbinden.

Fraglich wird indessen, wie dieser Bedienungsaufwand *abzugelten* sei. In diesem Zusammenhang vernimmt man vielfach, die einzige Entlöhnung für die Kundenpflege sei eben gerade das Verkaufsprivileg. Werde es den autorisierten Absatzmittlern entzogen,

441 So stellte die Kommission im 4. Wettbewerbsbericht (27) lediglich fest: "Die günstigen Auswirkungen des selektiven Vertriebs lassen sich auf andere Weise – etwa durch allgemeine Hinweise des Herstellers für den Kundendienst – nicht im selben Masse und mit denselben Erfolgsaussichten erreichen." – Ohne die gebotene Alternativenprüfung z.B. auch SABA 28, Omega 27 und GRAUEL 490.

442 SCHÜLLER, Vermachtungserscheinungen, 181.

443 Vergl. KOLLER, Diskriminierungsverbot, 118 und SCHMITT 125 f.

schwinde bei ihnen auch der Anreiz zur Bereitstellung eines aufwendigen Dienstleistungskorbes.[444] Daran ist zwar soviel richtig, dass Händler (als homines oeconomici) nicht wirtschaftliche Leistungen anbieten, für die kein angemessener Gewinn lockt. Gegen die These vom sachlogischen Einheitsvertrieb ist aber zu bedenken: Verzichtet der Produzent auf eine "Methode des kalkulatorischen Ausgleichs",[445] d.h. auf einen Einbau von Vergütungsspannen in den Endverbraucherpreis, sieht man grundsätzlich schwer ein, wieso nicht ein (auf ordentlicher betriebswirtschaftlicher Grundlage errechnetes) Entgelt des Konsumenten die Händlerauslagen berappen soll. Kundendienst bildet alsdann ein völlig *eigenständiges, vom Markt gesteuertes Erwerbsgeschäft.*[446] Dem Hersteller bleibt es auch unbenommen, einen höheren Betreuungsaufwand seines konzessionierten Netzes zusätzlich mittels speziellen Investitionsbeihilfen oder Funktionsrabatten auszugleichen. Dies betrifft namentlich Garantiearbeiten, aber auch andere Dienstleistungen, deren Honorierung sich womöglich nicht direkt auf den Kunden überwälzen lässt.[447] Die Ausgleichszahlungen an

444 Mehr noch: Zur Bewahrung des Händlereinsatzes soll gar eine *"Quotenkartellierung" im Netz* geduldet sein, d.h. die Einräumung bestimmter Mindestverkaufsziffern mittels Quantitativselektion. (So vor allem die Kommission im Entscheid Omega 27 und im 1. Wettbewerbsbericht 71; gl.M. offenbar EBEL 821, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 193 und VON DER GROEBEN, Handbuch, 108 ;kritisch dagegen SCHEUFELE, Selektive Distribution, 13).

445 Zum Begriff (in ähnlichem Zusammenhang) SCHÜLLER, Vermachtungserscheinungen, 208.

446 In diesem Sinne schon die Kommission im Entscheid Grundig/Consten 586. -- Ein solcher selbständiger, vom Neuproduktehandel losgelöster Markt der Service- und Reparaturdienstleistungen ist heute bereits in vielen Wirtschaftszweigen Tatsache. Man denke etwa an die Verhältnisse in der *Automobilbranche:* Untersuchungen in Deutschland haben erbracht, dass Verbraucher immer häufiger auf Werkstatttreue verzichten und nach der Anschaffung Vertragshändler anderer Marken oder freie Handwerksbetriebe aufsuchen. Besonders herauszustellen bleibt, dass keine negativen Folgen dieser "Werkstattflucht" für die Verkehrssicherheit nachgewiesen wurden. (SCHMITT 85).

447 Bsp.: Lagerhaltung, technische Einrichtungen, Anstellung werkgeschulten Personals usw.

die eigene Betreuungsorganisation können kalkulatorisch in den Werksabgabepreis (an sämtliche, insb. auch an die "freien" Verteiler) eingehen.

Gerade der letztgenannte Gesichtspunkt fordert in der Folge aber zu einem *Effizienzvergleich* zwischen dem geschlossenen und dem "gespaltenen" Vertrieb heraus. So ist vorgetragen worden, es sei aus dem Blickwinkel des Produzenten billiger, "wenn er die Händler die Früchte der Einführungsarbeit durch alleinige Belieferung ernten lässt und Beratung sowie Kundendienst nicht durch gesteigerte Funktionsrabatte, sondern durch die Monopolisierung des Vertriebs belohnt."[448] Ersichtlich kommt in der Unerlässlichkeitsfrage alles auf den Ausgang einer entsprechenden *gesamtwirtschaftlichen Nutzen-Kosten-Analyse* an. Für eine verbindliche Antwort müsste nun auf gesicherte Ergebnisse der wirtschaftswissenschaftlichen Realienforschung zurückgegriffen werden können. Indes: Soweit erkennbar, fehlen einschlägige Untersuchungen über die "efficiency" der beiden alternativen Absatzordnungen. Sie an dieser Stelle nachzuholen, fehlt der Raum. Im Grundsätzlichen können immerhin zwei Punkte festgehalten werden: Auf der einen Seite ist daran zu erinnern, dass begrenzte Händlernetze die Vertriebskostenrechnung straffen.[449] Mit dem Fall der Warenlaufbindungen wüchse naturgemäss der Bezügerkreis und damit der Aufwand für die "physical distribution". Auf der andern Seite würde eine Freigabe des Verkaufs einen zielgerichteten Einsatz der Produktionsfaktoren auf den günstigsten Leistungskomplex ermöglichen. Eine solche Spezialisierungs-Konzentration in den einzelnen Funktionsbereichen könnte ihrerseits die gesamtwirtschaftliche Rentabilität des Vertriebsgeschehens erhöhen.[450] Man sieht: Allgemeine Schlussfolgerungen lassen sich beim derzeitigen Erkenntnisstand kaum ziehen. Somit ist in jedem Falle eine individuelle Nutzen-Kosten-Analyse unter Veranschlagung aller erheblichen Umstände (wie erzeugnisspezifischer Betreuungsaufwand, zu

448 KOLLER, Diskriminierungsverbot, 118.

449 Vergl. vorn Bd. 1, 130 f.

450 Vergl. dazu vor allem SCHÜLLER, Vermachtungserscheinungen, 207 f.

erwartende Absatzstrukturen und Funktionsaufteilungen, Marketing-Logistik des Herstellers usw.) anzustellen. Sollte diese in der Tat erweisen, dass die Abtrennung des Kundendienstes vom Verkauf den Vertragswarenabsatz insgesamt verteuert, müsste die "gespaltene" Distribution als vollwertiger Ersatz des Selektivvertriebs ausser Betracht fallen.[451]

Als *Ergebnis* kann festgehalten werden: Kundendienstpolitisch untermauerte Händlerbeschränkung ist – entgegen der zur Stunde ganz und gar überwiegenden Meinung – nicht gemeinhin unerlässlich im Sinne von Art. 85 Abs. 3. Vielmehr hat im Einzelfall eine Prüfung darüber zu erfolgen, ob nicht ein Konzept der organisatorischen Aussonderung der Kundendienstleistungen in einem marketing-politisch instruierten Betreuungsnetz und entsprechender Vorkehren zur Sicherung angemessener Funktionsentgelte als "less restrictive alternative" einzuspringen vermag. Dies wird man nach der hier vertretenen Ansicht nur dann verneinen dürfen, wenn die aufgesplitterte Absatzordnung zu einer volkswirtschaftlich relevanten Anhebung der Verkaufs- und Vertriebskosten führt.[452] [453] [454]

451 Mit ähnlicher Folgerung – freilich zu Unrecht auf den "good will" abstellend – KOLLER, Diskriminierungsverbot, 118 f.

452 Unerlässlichkeit der Warenlaufbindungen kann auch nicht damit begründet werden, zur Besorgung der Kundendienste sei bei technisch hochentwickelten Erzeugnissen eine *enge Kooperation im Absatzkanal* vonnöten. (So aber BMW 7; vergl. auch vorn 300 f.) Eine solche informelle Zusammenarbeit muss zur Hauptsache mit den Service-, nicht mit den Verkaufsstellen spielen. Freigegebener Absatz hindert aber den Hersteller keineswegs daran, mit dem *autorisierten Betreuungsnetz* einen intensiven Erfahrungsaustausch zu pflegen und ihm die gebotenen Informations- und Kooperationspflichten aufzuladen. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass in der heute praktizierten Vertriebsordnung mit den "fremden" und den "freien" Vertragswerkstätten die gewünschte Tuchfühlung ebenfalls nicht gehalten werden kann.

453 Ein Sonderaspekt eröffnet sich beim *"Before-Sale-Service":* Bekanntlich sind in diesem Zusammenhang Wettbewerbsbeschränkungen (zumal Preisbindungen) mit der Gefahr gerechtfertigt worden, "dass der Verbraucher die Dienste eines hochqualifizierten Fachgeschäftes bei der Auswahl in Anspruch nehmen, nach getroffener Entscheidung die Bestellung aber bei einem andern Händler aufgeben würde, der ihm zwar nicht die gleichen Auswahlmöglichkeiten, dafür aber den Vorteil eines niedrigeren Preises bieten könnte." (HAX, Vertikale Preisbindung in der Markenartikelindustrie, 122; vergl. auch REINECKER 35 f. und NIENS 57) Die Möglichkeit eines "Absahnens" von Beratungsleistungen ist in der Tat nicht zu übersehen.

### δδ) *Nichtausschaltung wesentlichen Wettbewerbs*

Gegebenenfalls bleibt dann zu untersuchen, ob die marktstufenindifferenten Abreden auch die zweite negative Freistellungsbedingung erfüllen. Das hängt zunächst von den *produktexternen Konkurrenzverhältnissen* ab. Gefährdet ist das Wettbewerbsminimum bei marktanteilsstarken Bindern.[455] Durch das Absatzmonopol wird die Marktmacht auf die autorisierte Verteilerorganisation verlängert, was die Ausweichvarianten der Aussenseiter auf allen Handelsstufen erheblich beeinträchtigt.[456] Gleichzeitig hat man auf die Ubiquität zu achten.[457] Vertreiben die Hersteller branchenweit selektiv, kann der umfassende Bindungskomplex Neukonkurrenten den Markt versperren.

Aus *produktinterner Sicht* errichten die marktstufenindifferenten Klauseln zwar einen Ausschliesslichkeitsverkehr unter den zugelassenen Händlern. Im Innern des Netzes darf aber jeder jeden beliefern. Diese Offenheit der Warenlaufordnung (auch im zwischenstaatlichen Bereich) stellt meist den von Art. 85 Abs. 3 geforderten Restwettbewerb sicher.[458] Im Einzelfall ist immerhin

Sie allein steht aber der oben in Erwägung gezogenen Funktionsauftrennung nicht entgegen, solange die *Abgeltungsfrage* befriedigend gelöst wird. Gerade hier steht man freilich vor einer besonderen Problemlage, weil die Kosten vorverkäuflicher (in Gegensatz zu denen nachverkäuflicher) Kundenbetreuung sich nicht auf den Bezüger abwälzen lassen. Indessen könnte der Aufwand der Markenkonzessionäre wiederum durch gebührende Herstellerprämien entlöhnt werden.

454 Genügt die Warenlaufklausel der Maxime des Einsatzes konkurrenzschonender Mittel, dürfte aller Regel nach auch die *Verhältnismässigkeit* gewahrt bleiben, weil sich zufolge des offenen Netzinnenhandels die Wettbewerbsschäden in Grenzen halten. (Ausgenommen: Übermässiger Eingriff in die Preiskonkurrenz).

455 Vergl. die diesbezüglich negativen Befunde in den Urteilen SABA 28 und Metro 1906.

456 Im Entscheid BMW (9) hat die Kommission (mit fragwürdiger und inkonsequenter Begründung) die Wettbewerbsausschaltung bei einem Marktanteil von 32% verneint. (Vergl. die hinsichtlich der Argumentationsführung zutreffende Kritik bei BECHTOLD, Vertriebssysteme, 190).

457 Vergl. die Vorbehalte des Gerichtshofes im Urteil Metro 1906 und 1917.

458 Ebenso Omega 28, BMW 9 und SABA 28.

abzuklären, ob die herstellerische Vertikalintervention ausreichende *Preiskonkurrenz* spielen lasse. Nach den im "Allgemeinen Teil" zum Freistellungsrecht aufgearbeiteten Grundlagen hat der Selektivvertrieb drei Voraussetzungen zu genügen:[459] Einmal darf er die pretiale Auseinandersetzung nicht völlig in Fesseln legen. So wäre ein Vertriebsregime zu beanstanden, welches (als ganzes) derart einschneidend auf Absatzverhalten und Kostenstrukturen der Abnehmer einwirkt, dass faktisch jeder preispolitische Handlungsfreiraum dahinfällt. Die systembedingte Preisstarrheit muss zudem die Konkurrenz in den komplementären Unterformen anstacheln.[460] Man denke vor allem an eine ausgeprägte Nebenleistungs- oder Werbekonkurrenz. Letzten Endes ist zu prüfen, ob der geförderte Parametereinsatz mit Blick auf die Vertragswaren für den Verbraucher auch als wettbewerbsrelevant erscheine.

b) Bindungen der Angebotsgestaltung

aa) Bindungen hinsichtlich des parteiexternen Verhältnisses

α) *Bindungen über die Vertragsgestaltung mit Dritten*

Im Zusammenhang mit den qualifizierten Absatz- und Vertriebsabsprachen brauchen keine bindungsspezifischen Sonderuntersuchungen angestellt zu werden. Für ihre wettbewerbspolitische Beurteilung kommt alles darauf an, was dem Schuldner weiterzuleiten aufgetragen wird. Die Erstbindung unterfällt demnach Art. 85 Abs. 3, sofern die Zweitbindung rechtfertigungswürdig ist. Mithin finden uneingeschränkt die Freistellungsregeln der Inhalt der letzteren bildenden Interventionstypen Anwendung.[461]

459 Vergl. vorn 242 f.

460 Der Gerichtshof dagegen will die blosse Existenz "anderer Faktoren des Wettbewerbs zwischen Erzeugnissen derselben Marke" genügen lassen. (Metro 1906).

461 Mit Bezug auf das Untersuchungsergebnis wie hier BMW 6 f. (für eine qualifizierte Vertriebsbindung) und SABA 27 f. (für eine qualifizierte Absatzbindung).

### β) *Bindungen generellen Absatz- und Unternehmensverhaltens*

#### αα) *Interessenwahrnehmungs- und Absatzförderungsbindungen*

Interessenwahrnehmungs- und Absatzförderungsklauseln werden im Normalfall von Art. 85 Abs. 1 nicht erfasst und bedürfen damit auch keiner Wiedererwägung nach Art. 85 Abs. 3.[462] Wettbewerbsbeschränkende Sonderformen stehen unter den Freistellungsschranken jener Bindungen, denen sie in ihrer Wirkung gleichkommen: Auf Kapazitätsauslastung hinzielende Förderungspflichten hat man wie Bezugsvorschriften, solche mit übersetzten Verkaufsanforderungen für das eigene Rayon wie Gebietsschutzvereinbarungen zu behandeln.[463]

#### ββ) *Marketing-politische Bindungen*

Freistellungsrechtlich sind ebenfalls nur marketing-politische Abreden zu erörtern, die den Wettbewerb und den zwischenstaatlichen Handel nach Art. 85 Abs. 1 beeinträchtigen.[464] In erster Linie interessieren die *Beschränkungen der Nebenleistungskonkurrenz.* Sie unterfallen dem Verbotstatbestand bekanntlich nur als strenges Gesamtbündel.[465] Bei umfassender Herstellerintervention müssen sie aber im Einzelfall auf die Normvoraussetzungen von Art. 85 Abs. 3 hin überprüft werden.

Eine *Verbesserung der Warenverteilung* ist vor allem aus dem Gesichtswinkel der Produktebetreuung zu bejahen.[466] Weisungen

462 Vergl. vorn 167.

463 Vergl. vorn 257 und 269 f.

464 D.h. solche, die in einer einheitlichen Distributionsordnung den Einsatz von Aktionsparametern derweise festbinden, dass freies Marktspiel in den geschützten Unterformen des Wettbewerbs lahmgelegt ist. (Vergl. vorn 169 f.).

465 Vergl. vorn 170 f.

466 Nicht schutzwürdig ist der Ausschluss der Nebenleistungskonkurrenz aus Gründen der *Prestigeförderung.* (Grundsätzlich darüber vorn 289 f.).

über Einstellung und Schulung von Fachpersonal, über technische Ausrüstung des Werkstattbetriebes, über Wartungs- und Reparaturdienste usw. garantieren einen einwandfreien "Before-" und "After-Sale-Service". Raumvorschriften sorgen zudem für ausreichende Warenvorräte, (qualitative) Lagerhaltungsbindungen verhindern Beschaffenheitsveränderungen bei längeren Durchlaufzeiten.[467] [468]

An dem erzielten "Gewinn" hat auch die *Verbraucherschaft* angemessen teil, der die Vorkehren eine lieferbereite und leistungsfähige Betreuungsorganisation zur Verfügung stellen.[469] In qualitativer Hinsicht ist ihre Partizipation jedoch nur eine angemessene, solange sie nicht mit einer totalen Verkrustung des Preisgefüges erkauft werden muss.

Die Marketing-Ordnung ist weiter *unerlässlich* im Sinne von Art. 85 Abs. 3 lit. a. Ohne die herstellerische Absicherung der vertikalen Funktionsaufteilung auf Zeit können die geforderten Händlerdienstleistungen nicht gewährleistet werden. Wettbewerbsschonendere Interventionsmittel stehen keine bereit, sofern man dem Produzenten nicht grundsätzlich den Vertrag als Steuerungsbehelf aus der Hand nehmen will.

Der in Rede stehende Bindungskomplex schaltet für sich genommen auch keinen *wesentlichen Wettbewerb* aus. Er wirkt typologisch bloss auf die Angebotsgestaltung, nicht aber auf den Warenlauf ein.[470] Freilich wird man die geschlossene Vertikalordnung einer Gesamtbeurteilung zuführen müssen. Aus der produkt-

467 Vergl. im Kontext auch die Erörterung der qualitativen Händlerbeschränkung vorn 295 f.; ferner BMW 6 f.

468 Wie bereits für die selektionspolitisch gleichgelagerten Warenlaufklauseln aufgeführt, zeigt sich ein gesamtwirtschaftlich positiver Ausschlag nur bei Erzeugnissen mit evidentem "Before-Sale-Service"- oder "After-Sale-Service"- Bedarf. Zudem ist Angemessenheit der Angebotsgestaltungsvorschriften mit Blick auf die Vertragswarenbeschaffenheit gefordert. (Vergl. vorn 295 f.).

469 Ebenso BMW 8.

470 Vergl. vorn Bd. 1, 265 f.

internen Perspektive ist vor allem abzuklären, ob sie der Preiskonkurrenz noch einen genügenden Spielraum offen halte.[471]

Ganz andere Gesichtspunkte schlagen beim Rechtfertigungsverfahren über *Mindestlager- und Sortimentsvorschriften* durch. Diese geraten überhaupt erst in die Fänge des Kartelltatbestandes, wenn sie den Schuldner exklusiv an den Vertragswarenvertrieb ketten.[472] Folgerichtig gelten für die unter Art. 85 Abs. 3 zu prüfenden Bindungsinhalte die freistellungsrechtlichen Regeln der Bezugsausschliesslichkeit.[473]

Innerhalb der Werbeabsprachen des Selektivvertriebs ist hier nur das *Akquisitionsverbot* von praktischem Belang.[474] Es hat nach dem Fall der räumlichen Warenlaufordnungen oftmals deren Stelle eingenommen. Bei der Durchforstung der einzelnen Freistellungsvoraussetzungen wird man ihm zunächst *vorteilhafte Einflüsse auf die Güterverteilung* zuschreiben dürfen. Das Verbot einer werbewirksamen Bearbeitung fremder Vertragsreviere zwingt den Schuldner, seine Aufmerksamkeit vor allem dem eigenen zuzuwenden. Eine solche netzweite Konzentration der Absatzanstrengungen trägt zu einer Rationalisierung im Vertrieb bei. Gleichzeitig verbessert sich als Folge der regionalen Steuerung des Händlereinsatzes die Versorgung in den einzelnen Gebietszonen.[475] Ausser-

471 Vergl. dazu die Diskussion des Wettbewerbsminimums bei den marktstufenindifferenten Warenlaufklauseln.

472 Vorn 171.

473 Darüber vorn 257 f. – Zum Vergleich konsultiere man aber auch die (anders begründeten) Freistellungserwägungen der Kommission in den Entscheiden SABA 27 und BMW 7. – Dieser Missbrauchsgefahren wegen ist es wettbewerbspolitisch nicht angebracht, Sortiments- und Lagerhaltungsbindungen (ohne einen entsprechenden Vorbehalt) gruppenweise freizusprechen. (Vergl. Art. 2 Abs. 2 lit. a und c).

474 Die andern geläufigen Werbebindungen (Allgemeine Reklamepflicht, Mindestanforderungen an den Werbeetat, Einzelanweisungen über die Werbegestaltung usw.) sind EWG-kartellrechtlich nicht zu beanstanden, da sie den Parametereinsatz nur partiell einfrieren. – Freistellungsunwürdig sind dagegen Werbevorschriften zur Verstärkung von Preis- und Gebietsschutzklauseln. (Vergl. vorn 171 f.; gl.M. wohl GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 188).

475 So auch die gängige Freistellungsbegründung der Kommission. (Vergl. BMW 7, Campari 76, Goodyear/Euram 12 und Junghans 15 f.).

dem können sich Akquisitionsverbote im Rahmen einer Markterschliessungsstrategie integrationsfördernd auswirken. Denn sie verhindern Störungen in der Einführungsarbeit durch grenzüberschreitende Werbekonkurrenz.[476] [477]

Diese distributionswirtschaftlichen Vorzüge der Werbebeschränkungen führen zu einer *Besserstellung der Marktgegenseite.* Verschafft sich ein Hersteller damit den Marktzutritt, verbreitert sich für die Verbraucher das Warenangebot. Den "einheimischen" Abnehmern hinwiederum kommt die regelmässige Versorgung des Stammgebietes zugute. Sie dürfen weiter mit der Beteiligung am Rationalisierungsgewinn rechnen, da der Wettbewerbsdruck infolge der möglichen Spontaneinfuhren dessen Weiterleitung erzwingt.[478]

Als freistellungsrechtliche Barriere kann sich indessen erneut die *Unerlässlichkeitsklausel* entpuppen. Sieht man vorerst von Markterschliessungssachverhalten ab, ist anzuzweifeln, dass eine intensive Bearbeitung des zugewiesenen Rayons von einer Unterbindung der Werbeaktivitäten jenseits der Grenzen abhangen muss.[479] Als schonungsvollere absatzpolitische Alternative bietet sich das auf Bezugsquoten abgestützte Konzept der *"area of primary responsibility"* an.[480] Diese Vertriebsordnung gestattet dem

476 Vergl. Junghans 16.

477 Dies gilt grundsätzlich sowohl für eine *"new entrant"*- wie für eine *"newcomer"*- bzw. *"new product"*- Situation. (Vergl. zu den drei unternehmenspolitischen Ausgangslagen (mit Klarstellungen) vorn 271 f.).

478 Wie hier die Kommission im Entscheid Junghans 16.

479 So aber die bislang konstante Praxis: Vergl. Goodyear/Euram 12, SABA 28, Campari 76 und Junghans 16. – Vorbehaltlos für Freistellung auch GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 128 sowie die Kommission (für Bindungen des Alleinvertreters) in Art. 2 Abs. 1 lit. b Vo 67/67 (Vergl. vorn 226).

480 Vergl. dazu vor allem (in Abhandlung des US-Antitrustrechts) SCHMITT 132. – Einem oder mehreren Händlern ist ein Vertragsgebiet in hauptsächlicher Verantwortung zugeteilt. Das für den Rationalisierungseffekt und die Verbraucherversorgung massgebliche Verkaufsplansoll wird mittels Pflichten zu Mindestabnahmen (ohne Verrechnung des Übergrenzabsatzes) sichergestellt. Freilich: Die Bezugsquoten dürfen nicht in einer Höhe festgelegt sein, dass sie ihrerseits wieder das Auslandgeschäft unterbinden. Ansonsten tauschte man das Werbeverbot gegen ein (schärferes) Gebietsschutzsurrogat ein. (Vergl. vorn Bd. 1, 225).

Hersteller die gewünschte Effizienzsteuerung, ohne den tüchtigen Händlern die Chance eines auch von Werbefeldzügen und organisatorischen Massnahmen begleiteten Vorstosses in neue Absatzgebiete vorzuenthalten. Daraus folgt, dass vor dem Übermassverbot des Art. 85 Abs. 3 lit. a lediglich "modifizierte" Akquisitionssperren standhalten, d.h. solche, die eine räumliche Ausdehnung der Verkaufsbemühungen an die befriedigende Betreuung des eigenen Rayons knüpfen.[481]

Anders sind im Zusammenhang mit einer *Neumarkterschliessung* auferlegte Werbeschranken zu beurteilen. Sie können sich unter dem Aspekt der Funktionsabgeltung als unumgänglich erweisen, falls expansionswillige Unternehmer mit eingeengter strategischer Bewegungsfreiheit Verteilerstellen nur mit dem Versprechen einer Abschirmung vor ausländischer Akquisitionskonkurrenz einzuspannen vermögen. Im Kontext ist daran zu erinnern, dass bei bestimmten Marktkonstellationen (Hauptbeispiel: Kleinbetrieb als *"new entrant"*) gar zum absoluten Gebietsschutz gegriffen werden darf.[482] Alsdann erübrigen sich der Natur der Sache nach auch weitere Abklärungen einer Zulässigkeit der (milderen) Werbebeschränkungen. Bei den übrigen unternehmenspolitischen Ausgangslagen muss von Fall zu Fall entschieden werden, ob der auf Ausweitung des Verkaufsgebiets oder des Produkteprogramms bedachte Hersteller seine Ziele auch unter Duldung des Reklamewettbewerbs erreichen kann. In der Praxis dürfte die Unerlässlichkeit vor allem für nicht marktstarke *"new comer"* zu bejahen sein.[483] Die Sonderbehandlung ist aber durchwegs nur während der Einfüh-

481 Mit gleichem Befund STÖVER (102): "Kundenwerbung ausserhalb des Vertragsgebietes soll aber dann nicht gebremst sein, wenn der Händler sein Gebiet entsprechend dem Vertriebsvertrag ordnungsgemäss bearbeitet." – In diesem Lichte richtig das Unerlässlichkeitsattest der Kommission (für ein beschränktes Akquisitionsverbot) im Entscheid BMW 7; vergl. dazu auch GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 186).

482 Vergl. vorn 281 f.

483 Dieser marktstrategische Ausgangssachverhalt lag auch dem Entscheid der Kommission i.S. Junghans zugrunde. (Junghans 16 f., insb. 17; vergl. ferner 6. Wettbewerbsbericht 17).

rungsphase angebracht. Hernach müssen absolute Akquisitionsverbote auch hier "modifizierten" weichen.[484]

Ist die Erforderlichkeit des (beschränkten oder unbeschränkten) Eingriffs in die räumliche Werbefreiheit dargetan, wird dessen Freistellung kaum an der letzten Normvoraussetzung von Art. 85 Abs. 3 scheitern. Für die Aufrechterhaltung *wesentlichen Restwettbewerbs* sorgt zumal der offene Aussenhandel.[485] Die jederzeit mögliche Parallelversorgung bewahrt den Verbraucher auch vor festgefahrenen Preisstrukturen.

### γγ) *Warenzeichenbindungen*

Auf markenrechtlich gegründete Monopolpositionen kann Art. 85 Abs. 1 nicht angesetzt werden.[486] Rechtfertigungsfragen stellen sich damit nur für weitergreifende Vertikalvorkehren. Aus der europäischen Vertriebspraxis kennt man namentlich Einsätze von Warenzeichenklauseln zu Zwecken der Marktabschottung.[487] Sie unterstehen – als Surrogatspraktiken – vorbehaltslos den strengen Freistellungsvorbehalten des Territorialschutzes.[488]

### δδ) *Konkurrenzverbote*

Die Untersuchung der Drittwirkungen von Konkurrenzverboten hat ergeben, dass diese re vera nicht Bindungen der Angebotsgestaltung, sondern des Warenlaufs sind.[489] Daher ist zu prü-

484 Vergl. (über die zeitlichen Limiten der Gebietsschutzfreistellung) vorn 282. – Wie hier offensichtlich Junghans 17.

485 Junghans 16.

486 Vergl. vorn 173.

487 Vergl. vorn Bd. 1, 222 f.

488 Darüber einlässlich vorn 269 f.

489 Vorn Bd. 1, 293.

fen, ob sie hinsichtlich Wettbewerbsfolgen und absatzwirtschaftlicher Zielsetzung verwandten Interventionstypen gleichstehen, sodass auf bekannte Freistellungserwägungen zurückgegriffen werden kann.

Das *Konkurrenzverbot des Herstellers* untersagt diesem eine vertikale Vorwärtsintegration, also die Eröffnung eines parallelen "grauen" Verteilerkanals. Es vereitelt systemwidrige Längslieferungen im Rahmen des indirekten Vertriebs. Freistellungsrechtlich steht man sonach erneut vor der Frage, ob die Sicherung funktionsgetreuen Absatzes innerhalb eines mehrstufigen Distributionssystems vor Art. 85 Abs. 3 Bestand habe. Sie muss – wie bei den Vertikalverkehr regelnden marktstufenspezifischen Warenlaufklauseln ausgeführt – bejaht werden.

Anders ist die Rechtslage für das *Konkurrenzverbot des Verteilers.* Es soll einer Verzettelung der Unternehmensaktivitäten des Schuldners vorbeugen.[490] Wie bei der Bezugsbindung wird Sortimentsausweitung verunmöglicht: Hier eine solche durch Eigenproduktion, dort eine solche durch Dritteinkäufe. Demnach stösst die händlerische Konkurrenzklausel an den nämlichen Freistellungsschranken an wie die bereits verhandelte Bezugsausschliesslichkeit.[491] [492]

bb) Bindungen hinsichtlich des parteiinternen Verhältnisses

*α) Kaufvertraglicher Rahmen (insb. Mindestabnahmepflichten)*

Absprachen kaufrechtlicher Natur sind selbst dann wettbewerbskonform, wenn sie dem Käufer Bezugsquoten vorschrei-

490 GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 184.

491 Eine solche Gleichstellung von Konkurrenz- und Bezugsverbot vollzieht (allerdings mit anderer wettbewerbspolitischer Conclusio) auch die Kommission. (Vergl. insb. Art. 1 Abs. 1 lit. b und Art. 2 Abs. 1 lit. a Vo 67/67) – Aus dem Schrifttum ferner MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 331 und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 184).

492 Diese Subsumtion macht klar, dass es nach der hier vertretenen Auffassung nicht tunlich sein kann, Konkurrenzverbote einer Generalausnahme zu unterstellen. (So aber Art. 2 Abs. 1 lit. a Vo 67/67; vergl. vorn 226).

ben.[492a] Exzessive Ansätze in Mindestabnahmepflichten, die jede Sortimentsergänzung unterdrücken, hat man freistellungsrechtlich aber wiederum als Ausschliesslichkeitsvereinbarungen zu behandeln.[493]

### β) *Informations- und Kooperationsbindungen*

Nach Art. 85 Abs. 1 unverdächtig sind auch die gebräuchlichen Informations- und Kooperationsabmachungen.[494] Schwingen indessen artfremde Zwecke mit, finden die Regeln jener Bindungsinhalte Anwendung, die sie zu ersetzen trachten.[495] Einen Sonderfall bilden akzessorische Hilfsklauseln. Sie folgen gemeinhin dem kartellrechtlichen – und somit auch dem freistellungsrechtlichen – Schicksal der Hauptverpflichtung.[496]

492a Dazu vorn 174 f. – Vergl. aber auch die eigenständige Freistellungsprüfung von (nicht prohibitiven) Mindestabnahmeklauseln in den Entscheiden SABA 27 f. und BMW 8.

493 Vergl. vorn 269 f. – Über eine allfällige zweckwidrige Verwendung von Mengenvorschriften muss im Einzelfall entschieden werden. Daher erscheint es abermals nicht angezeigt, sie ohne entsprechende Einschränkung in der Gruppe freizustellen. (Vergl. Art. 2 Abs. 2 lit. a Vo 67/67).

494 Vergl. vorn 175 f.

495 Man denke vor allem an Vorausdispositionspflichten, die Ausschliesslichkeitsverkehr erstreben, aber auch an den Missbrauch von Auskunftspflichten zur Erschwerung von Auslandgeschäften. (Vergl. vorn 226).

496 Vergl. vorn 176.

## § 8 Ergebnisse und Ausblick

Zum Abschluss sollen wichtige Ergebnisse der vorausgegangenen Untersuchungen zusammengefasst (I) und in wettbewerbspolitische Desiderate für die zukünftige Rechtsanwendung gekleidet werden (II).

I. 1. Vordringliches Schutzanliegen im Bereich des vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsrechts bildet die *Erhaltung der Intrabrand- und Händlerkonkurrenz.* Infolge der intermediären Stellung des Absatzmittlers im Verteilungsprozess vermag ein lebhafter Stufenwettbewerb allfällige Machtpositionen auf der Erzeugerebene aufzuweichen. Dies betrifft zumal die heute hochgradig differenzierten Verbrauchsgütermärkte. Angesichts der zunehmend verdunkelten Markttransparenz wächst für den Konsumenten die Bedeutung der überschaubaren Auseinandersetzung im Netzinnern. Unter integrationspolitischem Blickwinkel ist produktinterner Wettbewerb ganz besonders zu behüten, weil daran ein international geweiteter Anbieterkreis teilnimmt, von dem massgebliche Impulse zur Marktvereinheitlichung ausgehen.

2. *Vertriebswegesteuerung* des Herstellers kann auch *in vertragsfreien Formen* spielen. Der Numerus clausus der unterstellungsbegründenden Beschränkungsvorkehren in Art. 85 Abs. 1 nötigt aber, für deren Beurteilung an den im Vertragstext aufgeführten Interventionsmitteln anzuknüpfen. Ausserhalb der Reichweite der Verbotsnorm bleiben die einfache Geschäftsverweigerung ("unilateral refusal to deal"), der Druckeinsatz und die Empfehlung. Allenthalben fehlt es an der geforderten kollektiven Veranstaltung der Wettbewerbsstörung. Dagegen unterfällt ihr jede Form gesteigerter absatzwirtschaftlicher Koordination, die in (vertikale und/oder horizontale) Verhaltensabstimmung einmündet.

3. Im Mittelpunkt der kartellrechtlichen Erörterung stehen die einzelnen Bindungsinhalte des *vertraglich ausgeregelten Selektivvertriebs.* Ausnahmslos *"Wettbewerbsbeschränkungen"* im Sinne von Art. 85 Abs. 1 sind die *Warenlaufabreden.* Sie beeinträchtigen des Schuldners Kunden- oder Lieferantenwahlfreiheit. Dazu (und vor allem) halten sie die gemiedenen Rivalen vom Konkurrenzkampf fern. Die Drittausschlüsse pflanzen sich im Markt-

stufengefüge fort und verbreitern sich mit wachsender Konsumnähe. Absatz- und Vertriebsbindungen drosseln auf diese Weise intrabrand-, Bezugsbindungen (für Fremdwaren) interbrand competition. Ohne Belang bleibt der Inhalt der Auslesevorschrift. Neben der marktstufenspezifischen und der quantitativen untersteht dem Kartellverbot auch jede Spielart der qualitativen Selektion. In räumlicher Hinsicht hängt nichts vom Domizil der Parteien ab. Untersagt sind sämtliche Vereinbarungen, die die Zirkulation der Waren innerhalb der Gemeinschaft (bzw. innerhalb des einzelnen Mitgliedstaates) oder ihren Zufluss zur Gemeinschaft (bzw. zum einzelnen Mitgliedstaat) regeln.

Unter den *Bindungen der Angebotsgestaltung* interessieren vornehmlich die Marketing-Klauseln. Art. 85 Abs. 1 greift auf sie aus, wenn die gesamte Vertikalintervention den Einsatz der vertriebspolitischen Aktionsparameter dergestalt festschreibt, dass in einzelnen Unterformen (Preis-, Nebenleistungs-, Werbe- oder Qualitätskonkurrenz) der Wettbewerb spürbar eingeschränkt wird. Die Bestimmung erfasst auch qualifizierte Warenlaufabsprachen sowie Akquisitions- und Konkurrenzverbote. Europakartellrechtlich unverdächtig sind die übrigen Vereinbarungen (Pflichten zu Interessenwahrnehmung und Absatzförderung, zu Mindestabnahmen, zu Kooperation und Information usw.), es sei denn, sie würden im Einzelfall als Gebietsschutz- oder Bezugsbindungssurrogat eingesetzt.

4. Dieser bindungstypologische Befund im Rahmen der "Wettbewerbsbeschränkung" bestätigt sich nahtlos bei den Untersuchungen über den *Zwischenstaatlichkeitsvorbehalt.* Dies kann nicht verwundern, weil die beiden Normelemente im Zuge zusammenwachsender Teilmärkte und internationalisierter Kartellordnungen mehr und mehr verschmelzen. Zwei Sonderaspekte sind herauszustellen:

*Warenlaufvorschriften,* die unmittelbar bloss die *Anlieferung des EG-Gebietes* oder *Warenbewegungen auf nationalem Boden* kanalisieren, behindern (in der Zweikreislaufbetrachtung) zwischenstaatlichen Handel ihrer Sekundärerfolge wegen: Mit jedem ausgesperrten Bezüger in der Gemeinschaft fällt kehrtwendend ein potentieller Exportlieferant aus. Der Eingriff in die Güterzirkulation findet mithin in der nachfolgenden Vertriebswegeetappe statt.

In besonderer Weise stören *marketing-politische Abreden* "interstate commerce". Sie beeinträchtigen den Übergrenzverkehr in der natürlichen Vielfalt der produktinternen Angebotsgestaltungsvarianten. Eine solche Standardisierung des Vertragswarenhandels widersteht gleichfalls dem Grundziel der Marktvereinheitlichung. Den Integrationsprozess fördern nicht nur breit gestreute, sondern auch inhaltlich modulierte Güterangebote.

5. Angesichts des weitausgezogenen, formalen Verbotstatbestandes hängt die Beurteilung selektiver Absatzsysteme massgeblichst vom Zugriff der Wiedererwägungsklausel *(Art. 85 Abs. 3)* ab. In der Gruppe sind sie deshalb nicht freistellbar, weil die Vo 67/67 die seinstypischen Vertriebsabsprachen nicht abdeckt. Sonach muss der gesamte Bindungskomplex einer *Einzelprüfung* (anhand der vier bekannten Normvoraussetzungen) unterzogen werden.

Im Kreis der *Warenlaufpflichten* ist namentlich (einfacher) Alleinvertrieb zuzulassen. Er bewirkt eine Reihe (auch verbraucherfreundlicher) Distributionsverbesserungen; seine Wettbewerbsschäden halten sich zufolge der offenen Parallelversorgung in Grenzen. Zweifelhaft ist die Freistellungsfähigkeit der Bezugsexklusivität. Veranschlagt man den wettbewerbspolitisch schmerzlichen Verlust der produktexternen Konkurrenz in den Händlersortimenten, erscheint bereits der Ausgang der umfassenden Saldobilanz ungewiss. Vor allem aber besteht die Ausschliesslichkeit im Bezug regelmässig die Unerlässlichkeitsprüfung nicht, da sie sich durch ein Bündel von Angebotsgestaltungsbindungen ersetzen lässt. Für Territorialschutzvereinbarungen gilt – ihres einschneidenden Desintegrationseffektes wegen – ein "per-se-ähnliches" Verbot unter Ausklammerung vertragspolitisch relevanter Markterschliessungssachverhalte.

Die den Kerngehalt des Selektivvertriebs bildende marktstufenindifferente Warenlaufordnung führt meist zu Fortschritten in der Güterverteilung und zu einer Besserstellung der Marktgegenseite. Qualitative Ausleseanweisungen zumal genügen den positiven Freistellungsbedingungen, sofern sie objektiv gehalten und diskriminierungsfrei praktiziert werden. Indessen kann kundendienstpolitisch motivierte Händlerselektion am Übermassverbot anstossen. Grundsätzlich vermag Gleichwertiges eine "gespaltene" Distribution mit organisatorischer Verselbständigung des Dienstlei-

stungsbereichs zu vollbringen. Doch wird man nach der hier vertretenen Auffassung Entbehrlichkeit nur unterstellen dürfen, wenn eine volkswirtschaftliche Effizienzprüfung erweist, dass diese absatzpolitische Alternative den Vertragswarenvertrieb nicht insgesamt verteuert.

Innerhalb der *Marketing-Abreden* halten Beschränkungen der Nebenleistungskonkurrenz unter dem Gesichtswinkel der Produktebetreuung vor Art. 85 Abs. 3 stand. Akquisitionsverbote sind rechtfertigungswürdig, soweit sie zur Aufschliessung von Neumärkten verhelfen. Andernfalls scheitern sie am Gebot des Einsatzes wettbewerbsschonender Mittel, da Hersteller auf ein mit Bezugsquoten gekoppeltes Konzept der "area of primary responsibility" ausweichen können. Für die übrigen Angebotsgestaltungsbindungen gelten die Freistellungsschranken derjenigen Interventionstypen, denen sie in ihren Wettbewerbswirkungen gleichkommen.

II. Was ist aus den gewonnenen Ergebnissen für die zukünftige Rechtsanwendung zu folgern?

1. Im Zusammenhang mit dem *Verbotstatbestand* wünscht man sich einen *konsequenten Zugriff auf die Warenlaufvereinbarungen.* Weitreichend verwirklicht hat ihn die Kommissionspraxis bezüglich des räumlichen Geltungsanspruchs auf internationale Vertriebsordnungen. Dagegen ist ihre Diagnose der "Wettbewerbsbeschränkung" auf halbem Weg stehen geblieben bei den *Absatz- und Vertriebsbindungen mit Diktat qualitativer Selektion.* Auch sie sind vorbehaltlos von Art. 85 Abs. 1 erfasst; denn der Inhalt der Auslesevorschrift ändert nichts am wettbewerbspolitischen Grundsachverhalt diskriminierter Nachfrager und gedämpfter intrabrand competition. Namentlich sollte von der Doktrin einer schutzunwürdigen Konkurrenz unter unqualifizierten Händlern abgewichen und eine erzeugnisspezifische Rechtfertigung nicht von der Freistellungs- in die Verbotsregel vorverlegt werden. Für das Urteil über *Marketing-Klauseln* wäre eine saubere wettbewerbstheoretische Grundlegung zu formulieren, d.h. anzuknüpfen an den Störwirkungen in einzelnen (zu selbständigen Schutzgütern erhobenen) Unterformen der Stufenkonkurrenz.

2. Hinsichtlich der *Freistellungskontroverse* muss zunächst die bisweilen de lege ferenda verlangte *Generalausnahme für selek-*

*tive Vertriebssysteme* abgelehnt werden.[1] Übergeht man einmal die geschilderten materiell-kartellrechtlichen Vorbehalte (insb. im Rahmen des Übermassverbotes), ist zur Sache selbst zu bedenken: Die angesprochene marktstufenindifferente Warenlaufregelung weist bezüglich der Selektionsbefehle einen derart heterogenen Bindungsinhalt auf, dass sie sich kaum zu dem gruppenfreistellungsrechtlich erforderlichen engen spezifischen Absprachetypus[2] verdichten lässt. Vor allem aber stellt die Entscheidpraxis über den Selektivabsatz ausgesprochene Einzelfalljustiz dar. Ob und welche Vertikaleingriffe wettbewerbspolitisch die Absolution verdienen, kann nur aufgrund der konkreten Vertragswarenbeschaffenheit beurteilt werden. Was hier etwa als verbraucherfreundliche Vorkehr der Qualitätssicherung und Kundenbetreuung anzuerkennen ist, mag dort zur unnützen und integrationsschädlichen Knebelung der Händlerfreiheit ausarten.

Sachgerecht erscheint hingegen auch fürderhin eine *gruppenweise Freistellung von Alleinvertriebsverträgen.* Doch ist nach Überzeugung des Verfassers der Kreis der pauschal genehmigten Klauseln zu straffen. Von den in Vo 67/67 aufgeführten Bindungen hätte man anlässlich einer Novellierung die Bezugsabsprache sowie das Konkurrenzverbot (des Händlers) und das Akquisitionsverbot auszuklammern. Die übrigen Angebotsgestaltungspflichten wären unter den ausdrücklichen Vorbehalt zu stellen, dass sie faktisch weder Beschaffungsausschliesslichkeit noch Gebietsschutz einrichten.

3. Für das *Einzelfreistellungsverfahren* ist eine gezielte Anwendung von Art. 85 Abs. 3 als *wirtschaftspolitische Rule of Reason* zu fordern. Vertikalintervention muss einer umfassenden, an den Vertragszielen orientierten Saldobilanz unterzogen werden. Hiebei sind allfällige einzelwirtschaftliche Vorzüge auszusondern, soweit sie nicht (auch) gesamtwirtschaftlich positiv zu Buche schlagen. Mit Blick auf die derzeitige Praxis muss man zudem (und ganz besonders) eine *Vertiefung des Unerlässlichkeitstests* verlangen. Zentrales Untersuchungsthema soll allemal die Frage bilden,

1 Vergl. z.B. TESSIN, Markenartikelvertrieb, 886.

2 Vergl. im Kontext BALDI 281.

ob sich die einzelnen Herstellervorkehren nicht gegen wettbewerbsschonendere Steuerungsbehelfe (im Sinne einer "less restrictive alternative") austauschen lassen. Vorneweg zu prüfen ist die Substituierbarkeit der Warenlauf- durch wirkungsgleiche Angebotsgestaltungsbindungen.

# LITERATURVERZEICHNIS

Die nachstehend aufgeführten Werke werden mit dem *Namen* ihres Autors zitiert, allenfalls zusammen mit dem in Klammern beigefügten *Stichwort*. Spezialliteratur zur Vertiefung findet sich in den Anmerkungen.


ACKERMANN, H. — Die Funktionen des Absatzgrosshandels im Zeitalter der wirtschaftlichen Konzentration, Diss. Freiburg i.Br. (ohne Jahresangabe)

ALBRECHT, B. — Marketing – eine neue unternehmerische Konzeption und ihre Realisierung durch Marketing-Organisation und Marketing-Planung, dargestellt am Beispiel US-amerikanischer Industrieunternehmungen mit Bezug auf die europäischen respektive deutschen Verhältnisse, Diss. Karlsruhe 1969

ALCHIAN A.A./ALLEN W.R. — Economics, Elements of Inquiry, Third Edition, London 1974

ALEWELL K. — Buchbesprechung zu Geist M., "Selektive Absatzpolitik auf der Grundlage der Absatzsegmentrechnung", ZfB 1965, 63 f.

ALEXANDER, W. — The ECC Rules of Competition, London 1973

ALLEMANN, H. — Kartellgesetz und marktmächtige Unternehmungen, WuR 1965, 213 f.

AMMANN, F. — Entwicklung einer Exportmarketing-Konzeption, Diss. St. Gallen 1972

ANGEHRN, O. — Nachfragemacht von Handelsunternehmungen als Problem der Wettbewerbsgestaltung, WuR 1973, 227 f.

AREEDA, P. — Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases, Second Edition, Boston/Toronto 1974

ARNDT, H. — Wirtschaftliche Macht, Tatsachen und Theorien, München 1974

ARNOLD, H. — Das Verbot der Diskriminierung nach § 26 Abs. 2 GWB in seinem Verhältnis zur Vertriebsbindung nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB, WuW 1960, 618 f.

AXTER, H. — Die vertikalen Bindungen im amerikanischen Antitrustrecht, WuW 1954, 242 f. *(Vertikale Bindungen)*

AXTER, O. — Die Vorschrift des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag, in: Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts, Köln-Berlin-München-Bonn 1966, 143 f. *(Vorschrift)*
- Das Verbot des "aufeinander abgestimmten Verhaltens" in § 25 Abs. 1 der Zweiten Novelle des GWB, WuW 1973, 605 f. *(Abgestimmtes Verhalten)*

AXTER, O./REIMANN, T. — Hersteller berühmter Markenartikel als Adressaten des Diskriminierungsverbotes nach § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB, WRP 1974, 9 f.

BACKHAUS, K. — Direktvertrieb in der Investitionsgüterindustrie, Eine Marketing-Entscheidung, Wiesbaden 1974

BALDI, M. — Die Freistellung vom EWG-Kartellverbot, Funktion und Inhalt von Art. 85 Abs. 3 EWGV, Bern 1972

BANSE, K. — Vertriebs- (Absatz-) politik, in: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, 3. Auflage, Band 4, Stuttgart 1962, 5983 f.

BÄR, R. — Das westdeutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuR 1958, 245 f. *(Gesetz)*
– Kartellrecht und Internationales Privatrecht, Bern 1965 *(Kartellrecht)*
– Probleme des räumlichen Geltungsbereichs der Kartell- und Monopolgesetze, in: Kartell- und Monopolrecht, Rüschlikon-Zürich 1973, 104 f. *(Probleme)*

BAROUNOS, D./HALL, C.F./JAMES, J.R. — ECC Anti-Trust Law, Principles and Practice, London 1975

BASSON, C.-P. — Vertikale Preisbindung und Exportverbot – Ihre rechtlichen Aspekte im Gemeinsamen Markt, MA 1962, 599 f.

BATZER, E. — Grosshandel, in: ME Band 4, 1452 f.
– Markenartikel und Handelsmarketing – Eine Funktions- und Strukturbetrachtung, in: Markenartikel heute, Marke, Markt und Marketing, Wiesbaden 1978, 183 f. *(Markenartikel)*

BATZER, E./GREIPL, E. — Markenabsatzsysteme – Wettbewerbs- und Steuerungsinstrumente, MA 1973, 10 f.

BATZER, E./GREIPL, E./LAUMER, H. — Marketing-Lexikon, München 1973

BAUDENBACHER, C. — Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, Zürich 1978

BAUR, J.F. — Der Missbrauch im deutschen Kartellrecht, Tübingen 1972 *(Missbrauch)*
– Die Funktion des neuen Diskriminierungsverbots nach § 26 II 2 GWB, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1973/74, Köln-Berlin-Bonn-München 1975, 45 f. *(Diskriminierungsverbot)*

BECHTOLD, R. — Zwischenstaatlichkeitsklausel und Vorrang des Gemeinschaftsrechts, AWD 1974, 258 f. *(Zwischenstaatlichkeitsklausel)*
– Nationale Vertriebssysteme und EWG-Kartellrecht, AWD 1975, 185 f. *(Vertriebssysteme)*
– Zur Bedeutung der Wettbewerbsregeln in den Assoziierungsabkommen der EWG mit Drittstaaten, RIW/AWD 1975, 469 f. *(Bedeutung)*

BECKER, H. — Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Bern 1941/1945 *(Kommentar)*

BECKER, L.E. — Vertical Agreements under the EEC "Antitrust" Law, in: The Antitrust Structure of the European Common Market, New York 1963, 88 f. *(Vertical Agreements)*

BECKMAN, T.N./MAYNARD, H.H./DAVIDSON, W.R. — Principles of Marketing, New York 1957

BEDNAR, L./ HASENAUER, R. — Die Lösungseffizienz von analytischen Modellen zur Optimierung bzw. Suboptimierung von Marketingprozessen unter Berücksichtigung alternativer Marktsegmentierung, in: Computergestützte Marketingplanung, München 1974, 478 f.

BEHRENDS, CH. — Die Erfassung der betrieblichen Marktkonstellation, Köln und Opladen 1970

BEIER, F.K. — Die kartellrechtliche Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen im Gemeinsamen Markt und den USA, GRUR Ausl. 1964, 84 f.

BELKE, R. — Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1966 *(Geschäftsverweigerung)*
- Kundenbeschränkung und Verkaufsverweigerung im Antitrustrecht der Vereinigten Staaten, Stuttgart 1967 *(Kundenbeschränkung)*
- Relevanter Markt und vertikale Wettbewerbsbeschränkung im EWG-Kartellrecht am Beispiel der Alleinvertriebs- und Gebietsbindungen, ZHR 1968, 239 f. *(Relevanter Markt)*
- Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsverbote nach der Kartellgesetznovelle, ZHR 1974, 227 f./291 f./413 f. *(Kartellgesetznovelle)*

BELL, M.L. — Marketing, Concepts and Strategy, London-Melbourne-Toronto 1966

BELLAMY, CH./CHILD, G.D. — Common Market Law of Competition, London/New York 1973

BENEDICT, M. — Le contrat de concession de vente exclusive, Diss. Lausanne 1975

BENISCH, W. — Substitute der vertikalen Preisbindung in den USA, MA 1969, 101 f. *(Substitute)*
- Das neugeregelte Diskriminierungsverbot, MA 1973, 543 f. *(Diskriminierungsverbot)*
- Fehlwirkungen eines Individualschutzes nach § 18 der Kartellgesetznovelle, WRP 1970, 369 f. *(Fehlwirkungen)*
- Kommentar zu den §§ 25-37 GWB, in: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 3. Auflage/4. Lieferung, Köln-Berlin-Bonn-München 1973 *(Kommentar I)*
- Kommentar zu den §§ 25, 26, 38, 38a GWB, in: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 3. Auflage/9.

Lieferung, Köln-Berlin-Bonn-München 1976 *(Kommentar II)*

BENNEWICZ, H.I. — Die Eigenständigkeit des absatzpolitischen Instrumentes Kundendienst und seine Bedeutung im modernen Marketingdenken, Diss. München 1968

BERGLER, R. — Psychologie des Marken- und Firmenbildes, Göttingen 1963

Berkhouwer-Bericht — Bericht im Namen des Wirtschaftsausschusses über die Wettbewerbsregeln und die Stellung der europäischen Unternehmen auf dem Gemeinsamen Markt und in der Weltwirtschaft, Europäisches Parlament, Sitzungsdokumente 1969/70, Dok. Nr. 197 vom 2.2.1970

BERSUCH, J. — Alternativen zur Preisbindung als Instrumente der Absatzpolitik, Berlin 1971

BIDLINGMAIER, J. — Marketing, Band 1 und 2, Hamburg 1973 *(Marketing)*
– Kooperation im Handel, in: HdAw, 1124 f. *(Kooperation)*

BIEDENKOPF, K.H. — Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, Die Ausschliesslichkeitsklausel als Beispiel, Heidelberg 1958 *(Wettbewerbsbeschränkung)*
– Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für F. Böhm zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1965, 113 f. *(Privatrecht)*
– Rechtsfragen der Konzentration, ZBJV 1972, 1 f. *(Rechtsfragen)*

BIERER, H. — Das Alleinverkaufsrecht, Diss. Zürich 1922

BIERGANS, R. — Die vertikalen Verträge im Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1954, 350 f.

BIERLING, W. — Die Sicherung des Marktzugangs dritter Unternehmer gegenüber Absatzbindungen, WRP 1969, 258 f.

BIERVERT, B./FISCHER-WINKELMANN, W.F./ROCK, R. — Grundlagen der Verbraucherpolitik, Hamburg 1977

BLECKMANN, A. — Europarecht, Das Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Köln-Berlin-Bonn-München 1976

BLOHM, H. — Kooperation, in: HdO, 890 f.

BLUME, O./MÜLLER, G. — Werbung für Markenartikel – Auswirkungen auf Markttransparenz und Preise – Zwei Studien, Teil A, Göttingen 1976

BÖCKER, F. — Der Distributionsweg einer Unternehmung, Eine Marketing-Entscheidung, Berlin 1972

BOLLACK, G. — Das marktbeherrschende Unternehmen im EWG-Recht, in: Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts, Köln-Berlin-München-Bonn 1966, 223 f.

BORCHARDT, K./ FIKENTSCHER, W. — Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957

BRAUN, A./GLEISS, A./ HIRSCH, M. — Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne, Bruxelles/Paris 1967

VON BRUNN, J.H. — Die Händlerverträge der Kraftfahrzeugwirtschaft, Frankfurt a.M. 1949

BUDCZIES, M. — Der Automobilvertragshändler in Deutschland, den USA und Frankreich, Diss. Köln 1959

BÜNTIG, H. — Absatzbindungen bei Markenartikeln – Kartellrechtliche Beurteilung, Bb 1958, 101 f.

VON BÜREN, B. — Kommentar zum Bundesgesetz über den unlautern Wettbewerb, Zürich 1957 *(Kommentar)*
– Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964 *(OR, Allgemeiner Teil)*
– Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972 *(OR, Besonderer Teil)*

BUSCH, A. — Die allgemeine Wettbewerbssituation in der Konsumgüterindustrie, Preisbindung, Vertriebsbindung, sonstige Geschäftspraxis, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, Köln-Berlin-Bonn-München 1968, 161 f.

BUSCHMANN, P. — Kundendienst, in: ME, Band 6, 2046 f.

BUSSMANN, K. — Warenzeichen, Originalersatzteile und Ausschliesslichkeitsverträge, WuW 1953, 132 f.

BUXBAUM, R.M. — The group exemption and exclusive distributorships in the Common Market – Procedural technicalities, Anti-Trust-Bulletin 1969, 499 f.

CAMPBELL, A. — Restrictive Trading Agreements in the Common Market, London 1964 *(Restrictive Trading Agreements)*
– Common Market Law, Volume I, Bristol 1969 *(Common Market Law)*

CANENBLEY, C. — Das Diskriminierungsverbot im EWG-Kartellrecht, Eine Untersuchung anhand des Kodak-Negativattests der Kommission vom 30.6.1970, AWD 1971, 164 f. *(Diskriminierungsverbot im EWG-Kartellrecht)*
– Diskussionsbericht zum Referat von Schlieder, "Die Entwicklungstendenzen im EWG-Kartellrecht", in: Neuere Entwicklungen im EWG-Kartellrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1975, 193 f. *(Diskussionsbericht)*

CARABIBER, CH./ FAURE, E. — Trust, Cartels et ententes, Législation et Jurisprudence des principaux pays industriels et de la Communauté Economique Européenne, Paris 1967

CASEL, J. — Refus de vente, clauses d'exclusivité, contrat de concession, Paris 1960

CATALANO, N. — Les contrats dits "d'exclusivité" et l'article 85 du Traité de la C.E.E., Le Droit et les Affaires 1964, Document LX

CINA, R. — Die Bestimmungsfaktoren bei der Wahl der Distributionsform dargestellt am Beispiel eines Unternehmens der Spielzeugbranche, Diss. St. Gallen 1975

COING, H. — Zur Auslegung von Art. 85 EWG-Vertrag, ZHR 1963, 271 f.

COLTZAU, P. — Direktvertrieb in der Konsumgüterindustrie, Diss. Zürich 1963

CRAMER, H.H. — Die Wettbewerbsverbote von Handelsvertretern und ihre kartellrechtliche Beurteilung, Köln-Berlin-Bonn-München 1972

CUNNINGHAM, J.P. — The Competition Law of the E.E.C., A Practical Guide, London 1973 *(Competition Law)*
– The Competition Law of the E.E.C., Supplement, London 1975 *(Supplement)*

DAIG, H.-W. — Zum Begriff der "aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen" nach Art. 85 EWGV, EuR 1976, 213 f.

DAM, K.W. — Exclusive distributorships in the United States and the European Economic Community, Anti-Trust-Bulletin 1971, 111 f.

VAN DAMME, J. — La mise en œuvre des articles 85 et 86 du Traité de Rome, CDE 1966, 35 f., 279 f., 402 f., 602 f.

DAVID, L. — Schweizerisches Werberecht, Regeln und Praxis zu Werbung, Kennzeichnung und Vertrieb, Zürich 1977

DERINGER, A. — Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft, WuW-Kommentar, Düsseldorf 1962 *(Kommentar)*
– Die erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrages, WuW 1962, 81 f. *(Durchführungsverordnung)*
– Inhalt und Auswirkungen der ersten Kartellverordnung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, GRUR Ausl. 1962, 283 f. *(Inhalt)*
– Alleinvertriebsabkommen mit Gebietsschutz nach EWG-Wettbewerbsrecht, MA 1965, 122 f. *(AVV mit Gebietsschutz)*
– Die Verordnung über Gruppenfreistellungen nach EWG-Kartellrecht, NJW 1965, 1105 f. *(Gruppenfreistellungen)*
– Anmerkung zur Entscheidung "Jallatte/Voss-Vandeputte" der Kommission, EuR 1966, 156 f. *(Jallatte)*
– Alleinvertriebsverträge im Wettbewerbsrecht des Gemeinsamen Marktes, NJW 1966, 1585 f. *(AVV)*

DERINGER, A./ SEDEMUND, J. — Europäisches Gemeinschaftsrecht, NJW 1977, 988 f. *(Europäisches Gemeinschaftsrecht 1977)*
Europäisches Gemeinschaftsrecht, NJW 1978, 1087 f. *(Europäisches Gemeinschaftsrecht 1978)*

DERINGER, A./TESSIN, C. — Anmerkung zum Entscheid "Grundig/Consten" der Kommission, AWD 1964, 331 f. *(Grundig/Consten)*
– Zur Auslegung der Neufassung des § 18 GWB, WuW 1966, 132 f. *(Neufassung)*

DERLEDER, P. — Wirtschaftliche Diskriminierung zwischen Freiheit und Gleichheit, Diss. Köln 1967

DICHTL, E. — Zur Schutzwürdigkeit des Verbrauchers, in: Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft, Berlin 1975, 23 f.
– Grundidee, Entwicklungsepochen und heutige wirtschaftliche Bedeutung des Markenartikels, in: Markenartikel heute, Marke, Markt und Marketing, Wiesbaden 1978, 17 f. *(Markenartikel)*

DIEKMANN, E. — Abgestimmte Verhaltensweisen und Conspiracy im deutschen, europäischen und amerikanischen Antitrustrecht, Diss. Göttingen 1971

DORN, G. — Lagerhaltung, in: ME, Band 6, 2076 f.

DROSTE, K. — Die Wettbewerbsregeln der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, NJW 1962, 1937 f.

DRUCKER, P.F. — Neue Management-Praxis, Band 1 und 2, Düsseldorf und Wien 1974

DÜESBERG, P. — Wirtschaftliche Analyse der zweiseitigen Alleinvertriebsverträge, WuW 1966, 463 f.

DÜRIG, J.P. — Der Einsatz des Verkaufspersonals im Ladengeschäft des Einzelhandels, Diss. Bern 1956

EBEL, H.R. — Kartellrechtliche Entscheidungspraxis 1975, Bb 1976, 816 f.

EGGER, A. — Auslegung und Rechtsnatur eines Lieferungsvertrages mit Alleinvertriebsrecht des Abnehmers, in: Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, II. Band, Zürich 1957, 143 f.

EHLE, D. — Verbot von Empfehlungen und aufeinander abgestimmter Verhalten nach nationalem und EWG-Kartellrecht, NJW 1964, 1593 f.

EHLERS, K. — Export- und Re-Importverbote in Lizenzverträgen aus der Sicht des EWG-Kartellrechts, GRUR Ausl. 1963, 424 f.

EMMERICH, V. — Die Auslegung von Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag durch die bisherige Praxis der Kommission, EuR 1971, 295 f.

ENGELS, K.-G. — Das Kartellverbot des Art. 85 EWG-Vertrag, DB 1963, 332 f.

ERBSLÖH, W. — Die Qualitätsfunktion in der Distribution, Diss. Köln 1966

EUCKEN, W. — Die Grundlagen der Nationalökonomie, 5. Auflage, Godesberg 1947

EWALD, H. — Kontrahierungszwang für preisbindende Hersteller von Markenartikeln, WRP 1957, 252 f. *(Kontrahierungszwang)*
– Der Alleinvertriebsvertrag unter Sicht des Artikels 85 EWGV, MA 1965, 113 f. *(AVV)*

FIKENTSCHER, W. — Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München/Berlin 1958 *(Wettbewerb)*
– "Sonstige Verträge" im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Festschrift für A. Hueck, München/Berlin 1959, 543 f. *(Sonstige Verträge)*
– Die vertikale Preisempfehlung, München 1960 *(Vertikale Preisempfehlung)*

FISCHER, K.H. — Konzentration und Kooperation in der schweizerischen Textilwirtschaft, Winterthur 1969 *(Konzentration)*

FISCHER, K.P. — Industrielle Vertriebskostenrechnung, Stuttgart 1963 *(Vertriebskostenrechnung)*

FISCHÖTTER, W. — Zum erweiterten Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs. 2 GWB, WuW 1974, 379 f.

FLACH, H.D. — Sortimentspolitik im Einzelhandel, Diss. Köln 1966

FLIGGE, H. — Verkauf und Verkaufsorganisation im Dienste des Handels, Rationalisierung 1966, 246

FORRESTER, I.S. — Distribution and Agency Agreements in EEC Competition Law: A Survey, Revue suisse du droit international de la concurrence 1978, Heft 3, 3 f.

Frankfurter Kommentar — Zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Loseblattausgabe), Köln 1958 f.

FRIGNANI, A. — Das "Selektive Vertriebssystem" in der EWG: Eine falsch ausgelegte und schlecht gelöste Frage, WuW 1978, 365 f.

FULDA, C.H. — The exclusive distributor and Antitrust laws of the Common Market of Europe and the United States, in: Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe für H. Kronstein, Karlsruhe 1967, 305 f.

GABRIEL, S.L. — "Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen" unter wettbewerbspolitischem Aspekt, WuW 1961, 802 f.

GÄFGEN, G. — Theorie der Wirtschaftspolitik, in: Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Band 2, Göttingen 1972, 1 f.

VON GAMM, O.F. — Das Kartellrecht der EWG, 2. Auflage, Köln-Berlin-München-Bonn 1966

GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.G. — Les novelles, Droit des Communautés européennes, Bruxelles 1969

GAUCH, P./SCHLUEP, W.R./JÄGGI, P. — Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I und II, Zürich 1977

GAUTSCHI, G. — Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 5. Teilband, Der Kreditbrief und der Kreditauftrag, der Mäklervertrag, der Agenturvertrag, die Geschäftsführung ohne Auftrag, Bern 1964

GAWRONSKI, V. — Wettbewerbspolitik aus der Sicht des Verbrauchers, in: Wettbewerbspolitik in der Schweiz, Festgabe zum 80. Geburtstag von F. Marbach, Bern und Stuttgart 1972, 69 f.

GEIST, M. — Selektive Absatzpolitik auf der Grundlage der Absatzsegmentrechnung, Stuttgart 1963 *(Selektive Absatzpolitik)*
– Steuerung der Absatzpolitik durch Erfolgsspaltung im Vertriebsbereich, ZfB 1963, 601 f. *(Steuerung)*
– Selektive Markterfassung, in: HdAw, 1343 f. *(Selektive Markterfassung)*

GERARD, F. — Der Raum als Betriebsfaktor der Ladeneinzelhandlungen, Köln und Opladen 1963

GERTH, E. — Zwischenbetriebliche Kooperation, in: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, 4. Auflage, Band 2., Stuttgart 1975, 2257 f.

VAN GERVEN, W. — Principes du droit des ententes de la Communauté Economique Européenne, Bruxelles 1966

GIDE/LOYRETTE/NOUEL — Dictionnaire du Marché Commun, Band I, Paris 1968

GIEFERS, H.W. — Vertikale Preisempfehlungen und Preisbindungen im Wettbewerbsrecht, Köln/Berlin 1960

GIESELER, H.P. — Konsumgüterwerbung und Marktstruktur, Freiburg 1971

GITBUD, L. — Die rechtliche Behandlung der Preisunterbietung nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und der Kartellgesetzgebung in der Schweiz und in Deutschland, Diss. Freiburg i.Ue. 1974

GLEISS, A. — Der Begriff der "aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen" in Art. 85 EWG-Vertrag, WuW 1964, 485 f. *(Begriff)*
– Zum Begriff "abgestimmtes Verhalten" im EWG-Vertrag, in: Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts, Köln-Berlin-München-Bonn 1966, 163 f. *(Abgestimmtes Verhalten)*
– Zwei bedeutsame Urteile des Europäischen Gerichtshofs, WRP 1967, 163 f. *(Urteile)*

– Anmerkung zum Urteil "Brasserie de Haecht" des Europäischen Gerichtshofes, WuW 1968, 206 f. *(De Haecht)*

GLEISS, A./HELM, H. Berücksichtigung von Parallelverträgen bei Ausschliesslichkeitsverträgen im Gemeinsamen Markt, NJW 1968, 1553 f.

GLEISS, A./HIRSCH, M. Das Kartellrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, AWD 1962, 121 f. *(Kartellrecht)*
– EWG-Kartellrecht, Kommentar, 2. Auflage, Heidelberg 1965 *(Kommentar)*
– Kommentar zum EWG-Kartellrecht, 3. Auflage, Heidelberg 1978 *(EWG-Kartellrecht)*

GLEISS, A./HOOTZ, CH. Keine Gruppenfreistellungen nach EWG-Kartellrecht für Alleinvertriebs- und Patentlizenzverträge, NJW 1963, 230 f. *(Gruppenfreistellungen)*
– Anmerkung zum Urteil "Grundig/Consten" des Europäischen Gerichtshofes, AWD 1966, 311 f. *(Grundig/Consten)*

GNEHM, A. Wettbewerbsprobleme multinationaler Unternehmungen, in: Wettbewerbspolitik in der Schweiz, Festgabe zum 80. Geburtstag von F. Marbach, Bern und Stuttgart 1972, 133 f.

GOLAY, G. La protection du consommateur, Dispositions protectrices de la loi sur les cartels, Schweizerische Versicherungszeitschrift 1975/76, 213 f.

GOLDSMITH, J.C. En attendant l'arrêt Grundig/Consten: La notion d'abus d'exclusivité en vertu de l'article 85 du Traité de Rome, Dalloz 1965, Chronique, 237 f.

GÖTTELMANN, M. Der Absatz, in: Meyers Handbuch über die Wirtschaft, Mannheim/Wien/Zürich 1974, 221 f.

GRAUEL, H. Vertriebssysteme und EWG-Kartellrecht, MA 1975, 480 f.

GRAUPNER, R. The Rules of Competition in the European Economic Community, The Hague 1965 *(Rules of Competition)*
– Alleinvertriebsverträge im englischen Recht und rechtsvergleichende Probleme, AWD 1970, 49 f. *(AVV)*

GREIFFENHAGEN, G. Die Kartellgenehmigung im Recht des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Berlin 1966

GREMINGER, W. Das Oligopol im schweizerischen Kartellgesetz, Bern und Frankfurt 1971

VON DER GROEBEN, H. Wettbewerbspolitik in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, WuW 1961, 373 f. *(Wettbewerbspolitik)*
– Die Aufgaben der Wettbewerbspolitik im Gemeinsamen Markt und in der Atlantischen Partnerschaft, WuW 1964, 1001 f. *(Aufgaben)*

– Zur Wettbewerbs- und Wirtschaftspolitik im Gemeinsamen Markt, in: Beiträge zum EWG-Kartellrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1967, 17 f. *(Wettbewerbs- und Wirtschaftspolitik)*

VON DER GROEBEN, H./ VON BOECKH, H./ THIESING, J. — Handbuch für Europäische Wirtschaft, Band 6 A, Baden-Baden *(Handbuch)*

– Kommentar zum EWG-Vertrag, 2. Auflage, Band 1, Baden-Baden 1974 *(Kommentar)*

GROSS, E.H.W. — Garantieleistungen für Investitionsgüter, in: ME, Band 4, 1288 f. *(Garantieleistungen)*

GROSS, H. — Der Handel geht neue Wege, Von seinen grossen Aufgaben und Chancen, Düsseldorf (ohne Angaben des Druckjahres) *(Handel)*

GRUNDMANN, H.H. — Rationalisierung des Vertriebs, Zwei Beispiele aus der Praxis, ZfB 1960, 289 f.

GRÜNEKLEE, K. — Bindungen von Geschäftsbedingungen in Austauschverträgen nach deutschem und EWG-Kartellrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1966

GUGELMANN, R. — Die Rechtsverhältnisse bei Geschäften gemischter Art nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Bern 1943

GUHL, T./MERZ, H./ KUMMER, M. — Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1972

GÜNTHER, E. — Die Regelung des Wettbewerbs im Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, WuW 1957, 275 f. *(Regelung)*
– Vereinheitlichung der Wettbewerbsbedingungen im europäischen Raum, WuW 1961, 755 f.
– Die ordnungspolitischen Grundlagen des EWG-Vertrages, WuW 1963, 191 f. *(Grundlagen)*
– Europäische und nationale Wettbewerbspolitik, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für F. Böhm zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1965, 279 f. *(Wettbewerbspolitik)*
– Möglichkeiten und Grenzen der Zusammenarbeit in der freien Wirtschaft, in: Die neuen Käuferschichten, Düsseldorf und Wien 1966, 113 f. *(Zusammenarbeit)*
– Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung im EWG-Vertrag und in den Kartellgesetzen der Mitgliedstaaten unter Einschluss der USA, in: Beiträge zum EWG-Kartellrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1967, 111 f. *(Wettbewerbsbeschränkung)*
– Der Verbraucher und die Wettbewerbspolitik, WuW 1972, 427 f. *(Verbraucher)*

GUT, H. — Veranlassung und Ausführung wettbewerbsbehindernder Vorkehren, Zürich 1973

GUTENBERG, E. — Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Zweiter Band, Der Absatz, Berlin-Heidelberg-New York 1966

GUTZLER, H. — Neuere Entwicklungen in der praktischen Wettbewerbspolitik der Europäischen Kommission, WRP 1969, 220 f.

GUYENOT, J. — Etude juridique et économique des conventions d'exclusivité de vente, Droit Social 1965, 1 f. und 78 f.

GYGI, F. — Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, 2. Auflage, Bern und Stuttgart 1978

GYGI, F./SCHLUEP, W.R. — Schweizerisches Wirtschaftsrecht, in: Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts, Frankfurt/M.-Berlin 1971, 87 f.

HAGENAUER, L. — Die Bedeutung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für die Absatzorganisation der Automobilindustrie, Diss. Mainz 1963

HALLSTEIN, W. — Die europäische Gemeinschaft, Düsseldorf und Wien 1974

HANSEN, P. — Die handelsgerichtete Absatzpolitik der Hersteller im Wettbewerb um den Regalplatz, Berlin 1972

HARMS, W. — Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln-Berlin-Bonn-München 1968 *(Konzerne)*
- Konzerne im EWG-Kartellrecht, in: Neuere Entwicklungen im EWG-Kartellrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1977, 39 f. *(Konzerne im EWG-Kartellrecht)*

HAX, H. — Vertikale Preisbindung in der Markenartikelindustrie, Köln und Opladen 1961 *(Vertikale Preisbindung in der Markenartikelindustrie)*
– Vertikale Preisbindung, in: HdAw, 1642 f. *(Preisbindung)*

HAYMANN, M. — Extraterritoriale Wirkungen des EWG-Kartellrechts, Diss. Zürich 1974

HEER, P. — Die Politik der EG betreffend Alleinvertriebs- und Patentlizenzverträge; eine Beurteilung aus schweizerischer Sicht, Revue suisse du droit international de la concurrence 1978, Heft 3, 27 f.

HEFERMEHL, W. — Zur Anwendung des § 26 Abs. 2 auf selektive Vertriebssysteme, GRUR 1975, 275 f.

HEISEKE, J. — Die warenzeichenrechtliche Problematik der Entscheidung der EWG-Kommission im Falle Grundig/Consten, NJW 1965, 1409 f.

HELLMANN, H./PFEIFFER, K. — Alleinvertriebsverträge im System des europäischen Kartellrechts, AWD 1962, 241 f.

HELM, J.G. Privatautonomie und zivilrechtlicher Verbraucherschutz, in: Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft, Berlin 1975, 61 f.

HEMPEL, CH. Die Absatzpolitik der deutschen Obst- und Gemüsekonservenindustrie auf dem Inlandmarkt unter dem Einfluss der EWG, Diss. Freiburg i.Ue. 1969

HENKE, W. Grundfragen des rechtlichen Verbraucherschutzes, in: Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft, Berlin 1975, 43 f.

HENRICHS, H. Die "conscious parallelism"- Doktrin des US-Antitrustrechts und der Begriff "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen" in Art. 85 EWG-Vertrag, WuW 1965, 95 f.

HENSEL, K.P. Grundformen der Wirtschaftsordnung, 2. Auflage, München 1974

HENZLER, R. Funktionaler Wettbewerb im Vertrieb, ZfB 1959, 719 f.

HERMANNS, F. Lieferverweigerung eine kartellrechtlich unzulässige Massnahme ?, NJW 1964, 2234 f. *(Lieferverweigerung)*
- Die zwischenbetriebliche Kooperation im Gemeinsamen Markt aus kartellrechtlicher Sicht, AWD 1967, 81 f. *(Kooperation)*
- Selektiver Vertrieb nach Europäischem Wettbewerbsrecht, WRP 1978, 172 f. *(Selektiver Vertrieb)*

HERRMANN, E. Einkaufsgesellschaften und freiwillige Ketten als Mittel kooperativer Selbsthilfe, Diss. Freiburg i.Ue 1964

HILDEBRAND, H. Die Absatzpolitik der deutschen Automobilindustrie unter dem Einfluss des Gemeinsamen Marktes, Diss. Berlin 1966

HILDEBRANDT, B. Die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, Eine Untersuchung zu Art. 85 EWG-Vertrag, Diss. Heidelberg 1965

HILL, W. Marketing, Band I und II, Bern 1973

HINTERMANN, M. Vertriebsorganisationen in der schweizerischen Uhrenindustrie, Diss. Genf 1928

HIRSCH, M. Die Einzelfreistellungen der Kommission, Ein Überblick über die Praxis zu Art. 85 Abs. 3 EWGV, AWD 1974, 649 f.

HOLLMANN, H.H. Zur Problematik der sogenannten Bagatellkartelle, AWD 1973, 192 f.

VON HOLT, W. Zur Zulässigkeit von Re-Importverboten, MA 1961, 115 f.

HÖLZLER, H. Vom per se-Verbot zur Rule of Reason, Wandel in der Rechtsprechung des US-Supreme Court zur vertikalen Vertriebsbindung, WuW 1979, 105 f.

HOMBURGER, E. — Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des Kartellgesetzes, ZSR 1970 II, 1 f.

HOMBURGER, E./ JENNY, H. — Internationalrechtliche Aspekte des EWG-Wettbewerbsrechts, Bern 1966

HONIG, F./BRAUN, W.J./ GLEISS, A./HIRSCH, M. — Cartel Law of the European Economic Community, London 1963

HÖNN, G. — Die Anwendbarkeit des Artikels 86 EWG-Vertrag bei Kartellen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Frankfurt 1969

HOOTZ, CH. — Alleinvertriebsverträge mit absolutem Gebietsschutz im EWG-Kartellrecht, NJW 1966, 2249 f. *(AVV)*
- Anmerkung zur Entscheidung "SABA" der Kommission, RIW/AWD 1976, 170 f. *(SABA)*
- Anmerkung zur Entscheidung "Junghans" der Kommission, RIW/AWD 1977, 160 f. *(Junghans)*
- Anmerkung zum Urteil "Metro" des Gerichtshofes, RIW/AWD 1978, 113 f. *(Metro)*

HOPPMANN, E. — Workable Competition, Die Entwicklung einer Idee über die Norm der Wettbewerbspolitik, ZBJV 1966, 249 f. *(Workable Competition)*
- Zum Schutzobjekt des GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1968, 61 f. *(Schutzobjekt)*
- Die sogenannten Bagatellkartelle der "neuen Wettbewerbspolitik", DB 1970, 93 f. *(Bagatellkartelle)*
- Volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts, in: Kartell- und Monopolrecht, Rüschlikon-Zürich 1973, 1 f. *(Bedeutung)*
- Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, in: Wettbewerbstheorie, Köln 1975, 230 f. *(Norm)*

HOWARD, J.A. — Marketing Management, Analysis and Decision, Homewood 1957

HUBER, E.R. — Das Empfehlungsverbot, Eine kartellrechtliche Studie, Stuttgart 1959 *(Empfehlungsverbot)*

HUBER, U. — Konzerninterne Vereinbarungen im EWG-Kartellrecht nach der Kommissionsentscheidung im Fall Christiani und Nielsen, AWD 1969, 429 f. *(Vereinbarungen)*

HUG, W. — Die Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Bestimmungen des MUV und der EWG auf in Nichtmitgliedstaaten veranlasste Beschränkungen des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Band 2, Karlsruhe 1961, 603 f.

HUNDHAUSEN, C. — Die Vertriebskosten als Problem der Industrie, ZfhwF 1953, 509 f.

IPSEN, H.P. — Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972

JACQUEMIN, A.P. The Criterion of Economic Performance in the Antitrust Policies of the United States and the European Economic Community, CMLRev. 1970, 205 f. *(Criterion)*
– Application to foreign firms of European Rules on competition, Anti-Trust-Bulletin 1974, 157 f. *(Application)*

JAKOB, R. Marktsegmentierung auf Investitionsgütermärkten als Grundlage der Steuerung absatzpolitischen Mitteleinsatzes, Bern und Frankfurt 1972

JANSEN, U. Die Kopplungsverträge im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1968

JASTER, G. Sortiment und Sortimentspolitik im Einzelhandel, Diss. Berlin 1963

JOHANNES, H. Zur Entscheidung des Bundesgerichts über den Begriff des "Marktes für bestimmte Waren oder Leistungen", ZBJV 1967, 397 f. *(Entscheidung)*
– Zum Begriff der Wettbewerbseinschränkung in Art. 85 Abs. 1 des EWG-Vertrages, AWD 1968, 409 f. *(Begriff)*
– Besprechung des Buches von Schluep W.R., "Der Alleinvertriebsvertrag – Markstein der EWG-Kartellpolitik", AWD 1968, 79 f. *(Besprechung)*

JÖHR, W.A. Das Problem der Wirtschaftsordnung, in: Individuum und Gemeinschaft, Festschrift zur 50-Jahr-Feier der Handels-Hochschule St. Gallen, St. Gallen 1949, 231 f.

JOLIET, R. The Rule of Reason in Antitrust Law: American, German and Common Markets Laws in Comparative Perspective, Liège 1967

JOSCHKE, H.K. Lehrbuch der Betriebswirtschaft, München 1970

JUNCKERSTORFF, H.K. Exklusivverträge in der internationalen Rechtspolitik, SJZ 1957, 68 f.

KAISER, J.H. Zur Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des EWG-Vertrages auf Gruppen von Kartellverträgen, Köln-Berlin-Bonn-München 1964

KAPFERER, C. Exportmarketing, in: Marketing Enzyklopädie, Band 1, München 1974, 639 f.

Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, Bern 1957 *(Kartell und Wettbewerb)*

KARTTE, W. Markenartikel und Wettbewerbsordnung, in: Markenartikel heute, Marke, Markt und Marketing, Wiesbaden 1978, 49 f.

KAUL, B. Zur Anwendung von Ausschliesslichkeits- und Vertriebsbindungen nach dem EWG-Kartellrecht, AWD 1962, 156 f.

KERN, R.
Die Funktionsausübung im Einzelhandel, Bestimmungsfaktoren und zweckmässige Ausgestaltung, Berlin 1970

KERSTEN, H.-CH.
Bewusstes Parallelverhalten – aufeinander abgestimmte Verhaltensweise – Kartellvertrag, WuW 1972, 69 f.

DE KEYSER, L.J.
Territorial Restrictions and Export Prohibitions under the United States and the Common Market Antitrust Laws, CMLRev. 1964/65, 271 f.

KIRSCH, W./ESSER, W.M.
Entwicklung und geplanter Wandel von Absatzkanälen, in: Marketing heute und morgen, Wiesbaden 1975, 193 f.

KIRSCHSTEIN, F.
Die Verstärkung der vertikalen Preisbindung durch zusätzliche Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1959, 235 f. *(Verstärkung)*
- Anmerkung zum Entscheid Grosfillex/Fillistorf, WuW 1964, 560 f. *(Grosfillex/Fillistorf)*
- Die EWG-Verordnung über Gruppenfreistellungen, WuW 1965, 361 f. *(EWG-Verordnung)*
- Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen nach EWG-Kartellrecht, WuW 1966, 777 f. *(AVV)*
- Die Gruppenfreistellungsverordnung der EWG-Kommission für Alleinvertriebsvereinbarungen, WuW 1967, 373 f. *(Gruppenfreistellungsverordnung)*
- Das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 12. Dezember 1967 über Bierlieferungsverträge, WRP 1968, 88 f. *(Bierlieferungsverträge)*
- Entscheidungen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zum EWG-Kartellrecht im Jahre 1968, WRP 1969, 223 f. *(EWG-Kartellrecht 1968)*
- Entscheidungen des Gerichtshofes und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zum EWG-Kartellrecht im Jahre 1969, WRP 1970, 377 f. *(EWG-Kartellrecht 1969)*
- Entscheidungen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zum EWG-Kartellrecht im Jahre 1970, WRP 1971, 502 f. *(EWG-Kartellrecht 1970)*

KLAUSING, J.
Re-Importklausel unter besonderer Berücksichtigung der Konkurrenz des EWG- und des nationalen Rechts, Diss. Köln 1966

KLEEMANN, G.
Die Wettbewerbsregeln der EWG, Baden-Baden 1962 *(Wettbewerbsregeln)*
- Die kartellrechtliche Beurteilung von vertikalen Ausschliesslichkeitsverträgen im Gemeinsamen Markt, DB 1962, 1631 f. *(Ausschliesslichkeitsverträge)*

KLEINEN, H.
Die Expansion mittelständischer Handelsbetriebe durch Grosszusammenschlüsse, Diss. Köln 1968

KLOSTERFELDE, W.
Durchlaufende Vertriebsbindungen – generell nichtig nach § 15 GWB ?, WuW 1978, 419 f.

KNESCHAUREK, F. Wandel der wirtschaftspolitischen Zielvorstellungen, WuR 1975, 125 f.

KNOBLICH, H. Zwischenbetriebliche Kooperation, Wesen, Formen und Ziele, ZfB 1969, 497 f.

KNOLL, R. Anmerkung zur Entscheidung "BMW" der Kommission, AWD 1975, 155 f.

KNÖPFLE, R. Zur Zulässigkeit der "Bündelung" von Bindungsverträgen bei der Anwendung des § 18 GWB, in: Festschrift für H. Bartholomeyczik, Berlin 1973, 203 f.

KNOPP, W. Über die Anwendbarkeit von Art. 85 des EWG-Vertrages auf Individualverträge, AWD 1962, 269 f.

KOCH, E. Der Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages in der europäischen Praxis – Beginn einer Fehlentwicklung, DB 1969, 1541 f. *(Anwendungsbereich)*

KOCH, G. Die Absatzpolitik deutscher Brauereien, Diss. Freiburg i.Ue. 1965 *(Absatzpolitik)*

KOCH, N. Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bb 1959, 241 f. *(Verhältnis)*

KOCH, W. Grundlagen und Technik des Vertriebs, Band I und II, 2. Auflage, Berlin 1958 *(Grundlagen und Technik des Vertriebs)*

KOEBLE, W. Die kartellrechtliche Beurteilung von Preis- und Ausschliesslichkeitsbindungen in Handelsvertreter- und Vertragshändlerverträgen, Göppingen 1973

KOENIGS, F. Anmerkung zum Urteil "Italienische Republik" des Europäischen Gerichtshofes, EuR 1966, 343 f. *(Italienische Republik)*
- Einige Probleme des § 18 GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1968, 301 f. *(Probleme)*

KOLLER, A. Die Rechtsprechung zum Kartellgesetz, in: Festschrift für W. Hug zum 70. Geburtstag, Bern 1968, 97 f. *(Rechtsprechung)*
- Die Konzeption des Möglichen Wettbewerbs, Auslegungshilfe des Kartellgesetzes, WuR 1970, 149 f. *(Konzeption)*
- Zur rechtlichen Realisierung neuer wirtschaftspolitischer Ziele, WuR 1975, 181 f. *(Realisierung)*

KOLLER, I. Der Gleichheitsmassstab im Diskriminierungsverbot, Eine Untersuchung zum Diskriminierungsverbot des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Stuttgart 1972 *(Diskriminierungsverbot)*

KOLONKO, E. — Das Verbot von wettbewerbsbeschränkenden aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages zur Gründung einer Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Diss. Marburg 1971

Kommission der europäischen Gemeinschaften, Erster Bericht über die Entwicklung der Wettbewerbspolitik, Brüssel-Luxemburg 1972 *(1. Wettbewerbsbericht)*
- Zweiter Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel-Luxemburg 1973 *(2. Wettbewerbsbericht)*
- Dritter Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel-Luxemburg 1974 *(3. Wettbewerbsbericht)*
- Vierter Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel-Luxemburg 1975 *(4. Wettbewerbsbericht)*
- Fünfter Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel-Luxemburg 1976 *(5. Wettbewerbsbericht)*
- Sechster Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel-Luxemburg 1977 *(6. Wettbewerbsbericht)*
- Siebenter Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel-Luxemburg 1978 *(7. Wettbewerbsbericht)*
- Achter Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel-Luxemburg 1979 *(8. Wettbewerbsbericht)*

KÖNIG, D. — Vertikale Preis- und Konditionenbindung nach deutschem und EWG-Kartellrecht, Diss. Köln 1965

KONRAD, E. — Kundendienstpolitik als Marketing-Instrument von Konsumgüterhersteller, Diss. Zürich 1974

KÖRLIN, E. — Vertriebskosten, in: ME, Band 9, 3282 f.

KOTLER, P. — Marketing Management, Deutsche Übersetzung der 2. Auflage, Stuttgart 1974

KRAFT, A. — Nationales Warenzeichenrecht und EWG-Kartellrecht in der Rechtsprechung des EuGH, MA 1972, 35 f.

KRASSER, R. — Der Schutz der Preis- und Vertriebsbindungen gegenüber Aussenseitern, Köln-Berlin-Bonn-München 1972

KUHLMANN, H.G. — Preisbindung und EWG-Vertrag, WRP 1964, 33 f.

KUMMER, M. — Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlautern und freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Bern 1960 *(Anwendungsbereich)*
- Der Begriff des Kartells, Bern 1966 *(Begriff)*
- Die Unternehmung diesseits und jenseits der Mauer, ZBJV 1977, 465 f. *(Unternehmung)*
- Die "Erheblichkeit" der Wettbewerbsbehinderung (KG 4) nach der Praxis des Bundesgerichts, in: Festgabe für H. Deschenaux, Freiburg 1977, 543 f. *(Erheblichkeit)*

LADAS, S.P. — Exclusive Distribution Agreements and the Common Market Antitrust Law, Anti-Trust-Bulletin 1964, 761 f.

LANG, P.H. — Das absatzpolitische Instrument Absatzorganisation, Darstellung seines Aufbaues in der Personenkraftwagenindustrie der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Freiburg i.Ue. 1973

LANGEN, E./NIEDERLEITHINGER, E./SCHMITT, U. — Kommentar zum Kartellgesetz, 5. Auflage, Neuwied und Darmstadt 1977

LANGENKAMP, F. — Markenartikelvertrieb im Gemeinsamen Markt, Diss. Berlin 1964

LANGER, J. — Reform des Alleinvertriebsrechts in Frankreich, AWD 1974, 450 f.

LANZENBERGER, F. — Wettbewerbsbeschränkungen in Vertikalverträgen und durch tatsächliches Verhalten (insbesondere Preisbindung, Diskriminierung und Boykott), GRUR 1958, 593 f.

LAU, J. — Die Wettbewerbspolitik der EWG, in: Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG), Zur politischen Ökonomie der westeuropäischen Integration, Hamburg 1975, 312 f.

LAUMER, H. — Markenartikelvertrieb in den Ländern der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und seine Auswirkungen auf den Wettbewerb, Berlin-München 1970 *(Markenartikelvertrieb)*
– Einzelhandel, in: ME, Band 3, 922 f. *(Einzelhandel)*

LAZO, H./CORBIN, A. — Management in Marketing, New York, Toronto, London 1961

LEHMPFUHL, R.-S. — Vertriebsbindungen, Ihre Formen, Funktionen sowie wettbewerbs- und kartellrechtliche Bedeutung, Köln-Berlin-Bonn-München 1965
– Verträge nach § 18 und Diskriminierungsverbot, GRUR 1978, 625 f. *(Verträge)*

LEHNING, H. — Das Verbot der Diskriminierung von Lieferanten im deutschen und europäischen Recht, WuW 1966, 3 f.

LEITHERER, E. — Absatzlehre, 3. Auflage, Stuttgart 1974

LEMPEN, R. — Selektives Marketing für die Druckindustrie, Diss. St. Gallen 1973

LENEL, H.O. — Ausschliesslichkeitsbindungen, Wettbewerb und Konzentration, in: Beiträge zur Wirtschafts- und Sozialpolitik, Festgabe für F.W. Meyer, Wirtschaftspolitische Chronik, Heft 2/3, Köln 1967, 93 f.

LEO, H.-CH. — Konzerninterne Marktregelungen im Lichte des EWG-Kartellrechts, in: Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts, Köln-Berlin-München-Bonn 1966, 11 f.

LEONHARD, F. — Allgemeines Schuldrecht des BGB, Band I, München/Leipzig 1929

LIEBERKNECHT, O. Die Vernünftigkeitsklausel (rule of reason) im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (Abhängigkeit von der Grösse des betroffenen Marktteiles), Bb 1956, 156 f.

LIEBS, R. Wettbewerbsbeschränkende Vertriebsverträge und unerlaubte Handlung, Stuttgart 1973

LINNERT, P. Die neuen Techniken des Marketing, Eine Untersuchung über System und Aufgaben der Marketingpolitik, München 1969 *(Marketing)*
– Selektive Absatzpolitik, in: Management Enzyklopädie, Band 1, München 1969, 49 f. *(Selektive Absatzpolitik)*

LIPPS, W. Die Auswirkung der EWG-Gruppenfreistellungsverordnung auf innerstaatliche Alleinvertriebsverträge, Bb 1967, 1067 f.

LOCKHART, W.B./SACKS, H.R. The Relevance of Economic Factors in Determining whether Exclusive Arrangements violate Section 3 of the Clayton Act, Harv.L.Rev. 1951/52, 913 f.

LOEBELL, M. Schutz der Preisbindung durch Export- und Reimportverbot, WRP 1964, 33 f.

LÖWISCH, M. Die Stellung der Produzentenhändler im Wettbewerbsbeschränkungsrecht, Diss. Tübingen 1961

LÜBBERT, H.-D. Anwendung des Diskriminierungsverbots auf Markenartikelhersteller, Bb 1976, 240 f.

LUTZ, H. Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen im Gemeinsamen Markt, MA 1962, 981 f. *(Preis- und Vertriebsbindungen)*
– Europäischer Gerichtshof zur Auswirkung des Artikels 85 EWGV auf Exportverbote, MA 1962, 495 f. *(Exportverbote)*
– Reimporte und EWG-Kartellrecht, MA 1969, 3 f. *(Reimporte)*

LUTZ, H./BASSON, C.-P. Re-Importverbot und EWG-Vertrag, NJW 1961, 385 f.

MAIER, C. Die Verletzung von Preis- und Vertriebsbindungssystemen durch Aussenseiter im Bereich der EWG, Diss. München 1966

MAIER, H.J. Alleinvertriebs-Vertrag (Vertragshändler-Vertrag) zwischen deutschen Lieferfirmen und ihren Abnehmern in der Schweiz, Mustervertrag der Handelskammer Deutschland-Schweiz, Zürich 1978 *(AVV)*

MAIER, H.J./MEYER-MARSILIUS, H.J. Alleinvertriebs-Vertrag (Vertragshändler-Vertrag) zwischen schweizerischen Lieferfirmen und ihren Abnehmern in der Bundesrepublik Deutschland, Musterverträge der Handelskammer Deutschland-Schweiz, Zürich 1978

MAILÄNDER, K.P. L'exemption par catégories des ententes économiques dans la C.E.E., CDE 1965, 5 f. *(Exemption)*
– Alleinvertriebsverträge und EWG-Kartellrecht, Bb 1966, 834 f. *(AVV)*
– Kartellrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 3. Auflage/3. Lieferung, Köln-Berlin-Bonn-München 1972 *(Kommentar)*

MANN, G. Die Wahl des inländischen Absatzweges in der Verbrauchsgüterindustrie, Diss. Mannheim 1959

MARKERT, K. Alleinvertriebsverträge und Antitrustrecht, WuW 1964, 299 f. *(AVV)*
– Zur Behandlung von Gebietsschutzklauseln in Alleinvertriebsverträgen, AWD 1964, 362 *(Gebietsschutzklauseln)*
– Anwendung des Art. 85 Abs. 1 auf einen Alleinvertriebsvertrag mit Gebietsschutz, Anmerkung zum Urteil des Handelsgerichts Brüssel vom 6. September 1966, WuW 1966, 362 f. *(Anwendung)*
– US-Supreme Court zur Zulässigkeit selektiver Vertriebsmethoden, AWD 1966, 257 f. *(Selektive Vertriebsmethoden)*
– Anmerkung zum Urteil "Béguelin/Marbach" des Europäischen Gerichtshofes, EuR 1972, 163 f. *(Béguelin/Marbach)*
– Anmerkung zum Urteil "United Brands" des Europäischen Gerichtshofes, EuR 1979, 49 f. *(United Brands)*

MARTINO, H.D. Alleinvertriebsverträge in der EWG, MA 1964, 926 f. *(AVV in der EWG)*
– Alleinvertriebsverträge im Gemeinsamen Markt, MA 1966, 89 f. *(AVV)*

MATILE, J. Problèmes du droit suisse des cartels, ZSR 1970 II, 159 f.

MATTHÖFER, H. (Hsg): Verbraucherforschung, Frankfurt a.M. 1977

MATTMANN, H. Die Preisbindung der zweiten Hand nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Diss. Freiburg i.Ue 1970

MAYER-WEGELIN, H. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt 1974

MAYERLE, R. Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Alleinvertriebsverträgen mit Eigenhändlern im amerikanischen Recht, Diss. Tübingen 1966

MC LACHLAN, D.L./ SWANN, D. Competition Policy in the European Community, The Rules in theory and practic, London/New York/ Toronto 1967

MC NAIR, M.P./HANSEN, H.L. Problems in Marketing, New York-Toronto, London 1949

MEFFERT, H. Marketing, Einführung in die Absatzpolitik, Wiesbaden 1977

MEIER, CH.J. Aufwertung des Wettbewerbs, Die Untersuchung der Kartellkommission über den Tabakmarkt aus konsumentenpolitischer Sicht, Dokumentationsdienst des Schweizerischen Konsumentenbundes, Nr. 8/77

MEIER-HAYOZ, A. Gesetzlich nicht geregelte Verträge I, SJK 1134 *(SJK 1134)*
– Gesetzlich nicht geregelte Verträge II, SJK 1135 *(SJK 1135)*

MELLEROWICZ, K. Die Handelsspanne bei freien, gebundenen und empfohlenen Preisen, Freiburg i.Br. 1961 *(Handelsspanne)*
– Markenartikel, 2. Auflage, München 1963 *(Markenartikel)*
– Alternativen zur Preisbindung im Falle eines Verbotsgesetzes, MA 1968, 194 f. *(Alternativen zur Preisbindung)*

MENGES, N. Zur Bedeutung des EWG-Wettbewerbsrechts für zwischenbetriebliche Rationalisierungsvorhaben, WuW 1963, 783 f.

MENTZEL, K.H. Einzelhandelsbetriebsformen, in: Marketing Enzyklopädie, Band 1, München 1974, 513 f.

MERK, G. Zur Begrenzung der Offensivwerbung, Berlin 1977

MERTENS, H.J./KIRCHNER, CH./SCHANZE, E. Wirtschaftsrecht, Hamburg 1978

MERZ, H. Die kartellistische Durchsetzung von Preisvereinbarungen und Kalkulationsnormen. Ein Beitrag zur rechtlichen Beurteilung der Preisunterbietung, in: Mélanges für R. Secrétan, Montreux 1964, 195 f. *(Preisunterbietung)*
– Kartellrecht – Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit, WuR 1966, 1 f. *(Kartellrecht)*
– Das Schweizerische Kartellgesetz, Bern 1967 *(Kartellgesetz)*

MESSER, H. Der Schutz selektiver Vertriebsbindung gegenüber Aussenseitern, WRP 1977, 378 f.

MESTMÄCKER, E.J. Ausschliesslichkeitsverträge, Kopplungsverträge und offene Märkte, JZ 1954, 621 f. *(Ausschliesslichkeitsverträge)*
– Die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages im nationalen Recht – Eine Kritik der Zweischrankentheorie, in: Wettbewerb als Aufgabe, Bad Homburg-Zürich-Berlin 1968, 567 f. *(Wettbewerbsregeln)*
– Die Beurteilung der Unternehmenskonzentrationen nach den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Erster Band, Berlin 1971, 733 f. *(Unternehmenskonzentrationen)*

– Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1974 *(Wettbewerbsrecht)*

MEYER, C.W. Grundzüge moderner Vertriebspolitik, Berlin 1967 *(Grundzüge)*
– Vertrieb, in: HdAw, 2103 f. *(Vertrieb)*

MEYER-CORDING, U. Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, WuW 1962, 461 f.

MEZGER, E. Zum Verbot der Lieferverweigerung, der Alleinvertriebsverträge und zur Auslegung des EWG-Vertrages, AWD 1964, 361 f.

MICHELI, J. Les exceptions à l'illicité des entraves à la concurrence des tiers, Diss. Lausanne 1972

MINNINGER, G. Funktionswandel in den Konsumgütergrosshandlungen, Diss. Köln 1968

MITCHELL, M.P. Die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung von "Tying Contracts", Diss. Köln 1961

MOELLER-HERRMANN, K.J. Die Möglichkeiten der Preispolitik im Einzelhandel, Diss. Köln 1968

MÖHRING, P. Ersatzteile- und Zubehörhandel durch die Automobilindustrie, WuW 1953, 537 f. *(Zubehörhandel)*
– Die Reimportklausel nach den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages, in: Festschrift für O. Riese, Karlsruhe 1964, 175 f. *(Reimportklausel)*
– Kontrahierungszwang nach neuem Kartellrecht, DB 1974, 223 f. *(Kontrahierungszwang)*

MOLL, K. Cash and Carry als absatzwirtschaftliches System im westdeutschen Lebensmittelgrosshandel, Diss. Freiburg i.Ue. 1967

MÖLLERS, P. Lagerpolitik, in: HdAw, 1181 f.

MÖSCHEL, W. Die rechtliche Behandlung der Paralleleinfuhr von Markenware innerhalb der EWG, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1968

MÜLLER, H. Der selektive Vertrieb, BAG-Nachrichten 6/1976, 12 f.

MÜLLER-FEMBECK, L. Vertriebsbindungen im österreichischen, deutschen und europäischen Recht, Diss. Göttingen 1970

MÜLLER-HENNEBERG, H. Kommentar zu § 1 GWB, in: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 3. Auflage/1. Lieferung, Köln-Berlin-Bonn-München 1972

N.N. Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen im Kartellgesetz, MA 1957, 425 f. *(Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen)*

N.N. Vertriebsbindungen in der Hausrat- und Eisenwarenbranche, MA 1964, 894 f. *(Vertriebsbindungen in der Hausrat- und Eisenwarenbranche)*

N.N. Markenartikelvertrieb in den Ländern des Gemeinsamen Marktes, MA 1970, 359 f. *(Markenartikelvertrieb)*

NEALE, A.D. The Antitrust Laws of the USA, Second Edition, Cambridge 1974

NEUMANN, C.W. Zur ersten Aufhebung eines Konkurrenzverbots nach Art. 85 EWG-Vertrag durch die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, RIW/AWD 1977, 196 f. *(Aufhebung)*

NEUMANN, E. Vereinbarung von Preis- und Vertriebsbindungen in allgemeinen Lieferbedingungen, Bb 1957, 1199 f. *(Vereinbarung)*
- Vertragliche Ausfuhrverbote im Gemeinsamen Markt, DB 1959, 479 f. *(Ausfuhrverbote)*
- Handelsvertreter-, Kommissionär- und Eigenhändlerverträge im Gemeinsamen Markt, DB 1962, 1495 f. *(Handelsvertreterverträge)*

NEUMANN, M. Wahlfreiheit und Konsumentensouveränität, in: Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft, Berlin 1975, 11 f. *(Wahlfreiheit)*

NIEDERHAUSER, M.D. Missbrauch der Marktmacht und Rechtsmissbrauch, Zur wettbewerbspolitischen Aufsicht über marktmächtige Unternehmen nach schweizerischem Kartellgesetz und den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages, Bern 1978

NIEDERLEITHINGER, E. Die kartellrechtliche Beurteilung der Bezugs- und Erzeugungsbeschränkungen in den Sonderabnehmerverträgen der Versorgungswirtschaft, WuW 1964, 15 f. *(Versorgungswirtschaft)*
- Die erste Gruppenfreistellungsverordnung der EWG-Kommission für Alleinvertriebsvereinbarungen, WRP 1967, 198 f. *(Gruppenfreistellungsverordnung)*
- Deutsches Kartellrecht und das Gemeinschaftsrecht, AWD 1967, 371 f. *(Kartellrecht)*

NIENS, H.J. Die Vertriebsbindung als absatzpolitisches Instrument der Markenartikel-Industrie, Freiburg i.Br. 1968

NIESCHLAG, R. Binnenhandel und Binnenhandelspolitik, Berlin 1959

NIESCHLAG, R./DICHTL, E./HÖRSCHGEN, H. Marketing, Ein entscheidungstheoretischer Ansatz, 4. Auflage, Berlin 1971

NYMPHIUS, N. Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens nach Art. 86 EWG-Vertrag, Diss. Freiburg i.Ue. 1963

VON DER OSTEN, H. Überblick über die Rechtsentwicklung nach Abschluss des Referates von Dr. Gustav Schwartz, November

1963, zur Behandlung von Ausschliesslichkeitsverträgen nach EWG-Kartellrecht, in: Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts, Köln-Berlin-München-Bonn 1966 215 f.

OXENFELDT, A.R. — Exclusive Action in Marketing, Belmont 1966

PASTOR, W. — Die Einordnung der vertikalen Preisbindung in das allgemeine Vertrags- und Schadenersatzrecht, Diss. Köln 1967

PATRICELLI, R.E. — Exemptions from Cartel Prohibition in the Common Market, HarvILCJ 1965, Vol. 7, Nr. 1, 33 f.

PENTZLIN, K. — Preisbindung, in: ME, Band 8, 2677 f.

PEUKERT, W.E. — Abschlussverweigerung und Abschlusszwang im Kartellrecht, Diss. Berlin 1968

PFEIFER, M. — Anmerkung zum Urteil "Grundig/Consten" des Europäischen Gerichtshofes, JZ 1966, 677 f.

PHILLIPS, CH.F./ DUNCAN, D.J. — Marketing, Principles and Methods, Homewood 1955

PLAISANT, R. — Nichtigkeit der nach Art. 85 des Rom-Vertrages verbotenen Vereinbarungen, in: Beiträge zum EWG-Kartellrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1967, 131 f.

PLAISANT, R./ FRANCESCHELLI, R./ LASSIER, J. — Droit européen de la concurrence, Paris 1966

POECHE, J. — Wettbewerbsformen, in: ME, Band 10, 3431 f.

POTH, L.G. — Handelsmarketing durch Handelsmarkenpolitik, Wiesbaden 1973

PRÖBSTING, K. — Kundenschutzvereinbarungen mit Eigenhändlern und ihre kartellrechtliche Beurteilung, Diss. Münster 1969

QUADRI, R./MONACO, R./ TRABUCCHI, A. — Trattato istitutivo della communità economica europea, Commentario, Vol. II, Milano 1965

RABELS, P. — Anmerkung zum Urteil "Brasserie de Haecht" des Europäischen Gerichtshofes, EuR 1968, 221 f.

RASCH, H. — Das Verbot der Diskriminierung, insbesondere in der Montan-Union, WuW 1954, 413 f.

RASCHKE, H.O. — Kooperationsformen im Marketing, in: Marketing Enzyklopädie, Band 2, München 1974, 201 f.

RAUSCHENBACH, G. — Wirtschaftsrecht, Stuttgart 1965

REIMER, D. — Preis- und Vertriebsbindungen im Gemeinsamen Markt, GRUR Ausl. 1966, 509 f. und 565 f.

REINECKER, M. — Der optimale Vertriebsweg der Markenartikel, Diss. Berlin 1963

REINHART, G. — Die kartellrechtliche Behandlung vertikaler Verträge nach Artikel 85 EWG-Vertrag, AWD 1974, 187 f.

RENGGLI, F. — Analyse des Raumeinsatzes und der Raumnutzung im schweizerischen Ladeneinzelhandel unter besonderer Berücksichtigung des Verkaufsraumes, Diss. Freiburg i.Ue. 1973

RENTSCHLER, R. — Die vertikale Preisbindung, ein Element der betrieblichen Preispolitik, Diss. Karlsruhe 1970

RENZ, G. — Das Rechtsverhältnis zwischen dem Vertragshändler und seinem Lieferanten, Diss. Heidelberg 1966

RESKE, W. — Die Verbesserung der Unternehmerqualifikation im Einzelhandel durch ausserbetriebliche Förderungsmassnahmen, Köln 1971

RIESENFELD, S.A. — Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen: Neuere Strömungen im amerikanischen Antitrust-Recht, WuW 1961, 813 f.

RIESENKAMPFF, A. — Umfang des Diskriminierungsverbots nach § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB, Bb 1974, 206 f. *(Diskriminierungsverbot)* The Commercial Agency Relationship under German and EEC-Antitrust Law, Revue suisse du droit international de la concurrence 1978, Heft 3, 45 f. *(Commercial Agency Relationship)*

RIESENKAMPFF, A./ SAUER, S. — Zum Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB, Bb 1975, 72 f.

RINCK, G. — Wirtschaftsrecht, 4. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1974

RITTNER, F. — Die Ausschliesslichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, Düsseldorf 1957 *(Ausschliesslichkeitsbindungen)*
– Beschränkung des Kundenkreises, MA 1958, 197 f. *(Beschränkung)*
– Die vertragsrechtlichen Fragen der Grundig/Consten Entscheidung, MA 1965, 97 f. *(Vertragsrechtliche Fragen)*

ROOS, G. — Das Sortiment als Instrument der Absatzpolitik im Lebensmittelhandel, Diss. Freiburg i.Ue. 1966

RÖPER, B. — Die vertikale Preisbindung ist kein Kartellersatz, WuW 1957, 293 f.

ROTH, W.-H. — Änderung in der kartellrechtlichen Beurteilung von Vertriebssystemen in den USA, RIW/AWD 1977, 605 f.

ROTTMANN, H. Marketing für Klein- und Mittelbetriebe, Bern 1972

RÜFENACHT, B. Die Wahl der Absatzwege für Heizöle in der Schweiz aus der Sicht des Produzenten, Diss. St. Gallen 1972

RÜHLE VON LILIENSTERN, H. Kooperation, in: ME, Band 6, 1966 f.

RUHWINKEL, W. Ausschliesslichkeitsbindungen im Wettbewerb, Eine Studie am Beispiel des Art. 85 EWG-V, Diss. Münster 1970

RUNGE, CH. Einführung in das Recht der Europäischen Gemeinschaften, 2. Auflage, München 1975

RUPPMANN, R. Die Standortbestimmung für Verkaufsstätten im Einzelhandel, Berlin 1968

SACK, R. Zum erweiterten Adressatenkreis des Diskriminierungsverbots, GRUR 1975, 512 f.

SÄCKER, F.J. Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht, Düsseldorf 1971

SANDROCK, O. Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 1968 *(Grundbegriffe)*

SANGMEISTER, B. Die rule of reason und das per se-Konzept, Köln-Berlin-Bonn-München 1975

SATTLER, H. Zu den Begriffen des Kartells und der ähnlichen Organisation, Zürich 1970

SAVAL, G.A. Der Vertriebsweg für Konsumgüter, Erster Band, Berlin 1972

SCHENK, H.O./WÖLK, A. Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel, Berlin 1971

SCHERHORN, G. Gesucht: Der mündige Verbraucher, Düsseldorf 1973 *(Verbraucher)*
– Verbraucherinteresse und Verbraucherpolitik, Göttingen 1975 *(Verbraucherinteresse)*

SCHERRER, J. Die Wirtschaftsverfassung der EWG, Baden-Baden 1970

SCHEUFELE, H. Bemerkungen zur "Verbraucherbeteiligung" im Sinne des Artikels 85 Abs. 3 des EWG-Vertrages, AWD 1968, 173 f. *(Verbraucherbeteiligung)*
– Über den sogenannten Relevanten Markt, AWD 1969, 169 f. *(Relevanter Markt)*
– Zur Spürbarkeit der "Marktbeeinflussung" und der "Wettbewerbsbeschränkung", AWD 1970, 385 f. *(Spürbarkeit)*
– Über selektive Distribution, "Nachfragerrolle", "Macht" und "Abhängigkeit" im EWG-Kartellrecht, Beilage 14

zu Heft 34/1974 des Betriebs-Berater, Heidelberg 1974 *(Selektive Distribution)*
– "Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen", Einige Hinweise, insbesondere zu Art. 85, 86 EWGV, Bb 1976, 1633 f. *(Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen)*

SCHIBEL, R. Anmerkung zur Entscheidung "Hummel/Jsbecque" der Kommission, AWD 1965, 357 f.

SCHICKE, R. Der Vertrieb – Wesen, Aufgaben, Organisation, Hamburg 1972

SCHIEFER, W. Untersuchungen zum Diskriminierungsverbot im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Tübingen 1964

SCHILD, A.R. Marketing für Uhren und seine Anwendung in Peru, Diss. St. Gallen 1967

SCHLIEDER, W. Die Anwendung der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag nach dem Erlass der ersten Durchführungsverordnung, Bb 1962, 305 f. *(Anwendung)*
– Die EWG-Wettbewerbspolitik hinsichtlich der vertikalen Kooperation im Vertrieb, in: Kooperation und Konzentration im Gemeinsamen Markt, Köln-Berlin-Bonn-München 1968, 137 f. *(Vertikale Kooperation)*

SCHLUEP, W.R. Das Markenrecht als subjektives Recht, Basel 1964 *(Markenrecht)*
– Markenschutzgesetz und Kartellgesetz, in: Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht, St. Galler Festgabe 1965 zum Schweizerischen Juristentag, Bern 1965, 318 f. *(Markenschutzgesetz)*
– Der Alleinvertriebsvertrag – Markstein der EWG-Kartellpolitik, Bern 1966 *(AVV I)*
– Die Rule of Reason des amerikanischen Antitrustrechts und das schweizerische Kartellgesetz, WuR 1966, 36 f. *(Rule of Reason)*
– Was ist Wirtschaftsrecht ?, in: Festschrift für W. Hug zum 70. Geburtstag, Bern 1968, 25 f. *(Wirtschaftsrecht)*
– Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisationen, WuR 1969, 193 f. *(Kontrahierungspflicht)*
– Probleme des kartellprivatrechtlichen Behinderungsverbotes im Vertikalkonzern, in: Wettbewerbspolitik in der Schweiz, Festgabe zum 80. Geburtstag von F. Marbach, Bern und Stuttgart 1972, 103 f. *(Vertikalkonzern)*
– Überbordungsgefahren von Arbeitskonflikten, Bern 1973 *(Überbordungsgefahren)*
– Die kartell- und monopolrechtlichen Fragestellungen, in: Kartell- und Monopolrecht, Rüschlikon-Zürich 1973, 17 f. *(Fragestellungen)*
– Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation, ZSR 1973 II, 155 f. *(Unternehmenskonzentration)*

– Die kartellrechtlichen Aspekte des Alleinvertriebsvertrages, SJZ 1975, 273 f. *(AVV II)*
– Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für F. Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen 1975, 569 f. *(Allgemeines Wirtschaftsrecht)*
– Schweizerische Wettbewerbspolitik zwischen gestern und morgen, Festgabe zum 65. Geburtstag von H. Sieber, Bern und Stuttgart 1976, 95 f. *(Wettbewerbspolitik)*
– Über Kritik im wirtschaftlichen Wettbewerb, Sonderabzug aus: Homo creator, Festschrift für A. Troller, Basel 1976 *(Kritik)*
– Lockvogelpreise und Lockvogelmarken im schweizerischen Recht, in: Prix et marques d'appel en droit comparé, Actes du Colloque de Lausanne, Genf 1976, 57 f. *(Lockvogelpreise)*
– Schweizerisches Kartellgesetz und Kartellrecht der EG: ein Vergleich der Grundkonzeptionen anhand von Fallgruppen, Mitteilungen des Schweizerischen Anwaltverbandes 1976, Heft 52, 4 f. *(Vergleich)*
– Über den Begriff der Nachfragemacht, in: Festgabe für H. Deschenaux, Freiburg 1977, 563 f. *(Nachfragemacht)*
– Innominatverträge, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII, Basel und Stuttgart, Probeabzug 1977 *(Innominatverträge)*
– Das Kartellproblem und die Macht, SAG 1979, 37 f. *(Kartellproblem)*

SCHMIDHAUSER, B. Über das Verhältnis zwischen schweizerischem Landwirtschaftsrecht und Kartellrecht, Blätter für Agrarrecht 1976, 33 f.

SCHMIDT, I. Neuere Entwicklungen in der Wettbewerbstheorie unter Berücksichtigung wachstumspolitischer Zielsetzungen, WuW 1966, 699 f. *(Wettbewerbstheorie)*
– US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, Berlin 1973

SCHMITT, J.J. Selektiver Vertrieb und Kartellrecht, Stuttgart 1975

SCHMITT, P.-M. Schwerpunkte des EG-Kartellrechts 1974/75, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1974/75, Köln-Berlin-Bonn-München 1976, 93 f. *(Schwerpunkte)*

SCHNEEBERGER, E. Kommerzielles Vertragsrecht, Zürich 1976 *(Vertragsrecht)*

SCHNEEBERGER, P.M. Rationalisierungsmöglichkeiten im Vertrieb von Markenartikeln der Lebensmittelindustrie, Diss. Neuenburg 1961 *(Rationalisierungsmöglichkeiten)*

SCHOLZ, U. Die vertikale Preisbindung und das Wettbewerbsrecht der EWG, WRP 1963, 1 f.

SCHÖNENBERGER, W./ JÄGGI, P. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 1 a, Zürich 1973

SCHÖNHERR, F./ DITTRICH, R. — Kartell- und Preisrecht, 3. Auflage, Wien 1974

SCHÖNLE, H. — De la représentation exclusive en droit suisse et comparé, in: Recueil de travaux, publié à l'occasion de l'assemblée de la société suisse des juristes à Genève du 3 au 5 octobre 1969, Mémoires publiés par la faculté de droit de Genève, Nr. 27, Genève 1969, 141 f.

SCHRICKER, G. — Bemerkungen zum Rechtsschutz selektiver Vertriebsbindungen, GRUR 1976, 528 f.

SCHRÖTER, H. — Alleinvertriebsabkommen im Wettbewerbsrecht der EWG, WRP 1967, 110 f.

SCHÜLLER, A. — Dienstleistungsmärkte in der Bundesrepublik Deutschland, Köln und Opladen 1967
– Vermachtungserscheinungen im tertiären Sektor, in: ORDO 1968, 171 f. *(Vermachtungserscheinungen)*

SCHULTE-MÄTER, D. — Alleinvertriebsverträge nach europäischem und amerikanischem Kartellrecht, Diss. Stuttgart 1970

SCHULTHESS, V.G. — Der Franchise-Vertrag nach schweizerischem Recht, Zürich 1975

SCHULZ, R. — Vertriebskosten und Vertriebskostenanalyse, in: Marketing Enzyklopädie, Band 3, München 1975, 631 f.

SCHUMACHER, D. — Das Verhältnis von § 98 Abs. 2 GWB zur Zwischenstaatlichkeitsklausel des Art. 85 EWGV aus kollisionsrechtlicher Sicht, AWD 1968, 5 f. *(Verhältnis)*

SCHUMACHER, H. — Entwicklung des EWG-Kartellrechts in Rechtsprechung und Spruchpraxis, in: Beiträge zum EWG-Kartellrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1967, 151 f. *(Entwicklung)*

SCHÜRMANN, L. — Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, Zürich 1964 *(KG)*
– Fragen aus der Praxis des Kartellrechts, WuR 1968, 1 f. *(Fragen)*
– Die Durchführung des Kartellgesetzes, WuR 1969, 65 f. *(Durchführung)*
– Zur neueren Entwicklung der Kartell- und Wettbewerbspolitik aus schweizerischer Sicht, WuR 1973, 77 f. *(Entwicklung)*
– Wettbewerb und Gemeinwohl, in: Festgabe für H. Deschenaux, Freiburg 1977, 531 f. *(Gemeinwohl)*

SCHWANKE, H. — Gebietsausschliesslichkeiten im Vertrieb und Art. 85 EWG-Vertrag sowie ihre Behandlung nach französischem und deutschem Kartellrecht, Diss. Münster 1969

SCHWARTZ, G. — EWG-Vertrag und vertikale Bindungen, MA 1959, 317 f. *(Vertikale Bindungen)*

– Ausschliesslichkeitsverträge und Vertriebsbindungen nach EWG-Kartellrecht, in: Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts, Köln-Berlin-München-Bonn 1966 197 f. *(Ausschliesslichkeitsverträge)*
– Die Problematik des § 18 GWB, GRUR 1971, 397 f. *(Problematik)*
– Preiswettbewerb bei Ersatzteilen, WuW 1972, 241 f. *(Preiswettbewerb)*
– Zur Kartellamtspraxis und Rechtsprechung bei Austauschverträgen im Sinn der §§ 15–18 GWB, GRUR Ausl. 1973, 497 f. *(Kartellamtspraxis)*
– Kommentar zu §§ 18 und 19 GWB, in: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 3. Auflage/7. Lieferung, Köln-Berlin-Bonn-München 1974 *(Kommentar)*

SEEBAUER, W. Der Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots in § 26 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. München 1963

SENNEWALD, H. Kartelle und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen in Frankreich, Karlsruhe 1964

SEVIN, C.H. How Manufacturers Reduce Their Distribution Cost ?, Washington 1948

SHARPE, TH. The Distiller Decision, CMLRev. 1978, 447 f.

SIEBER, H. Über die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, WuR 1973, 48 f. *(Kriterien)*
– Die Ziele der Wirtschaft und der Wirtschaftspolitik, WuR 1975, 160 f. *(Ziele)*

SIEMANN, H.A. Exporthandel, in: Marketing Enzyklopädie, Band 1, München 1974, 621 f.

SKAUPY, W. Die angemessene Beteiligung der Verbraucher am Kartellgewinn gemäss Art. 85 Abs. 3 EWGV, WuW 1967, 559 f.

SOHRMANN-LUGON, P.G. Vertriebsformen im Ausfuhrhandel, Basel 1947

SÖLTER, A. Die Mittelstandsempfehlungen im GWB, WuW 1959, 687 f. und 792 f. *(Mittelstandsempfehlungen)*
– Die Ausnahmevorschrift des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag, WuW 1961, 665 f. *(Ausnahmevorschrift)*
– Vertriebsbindungen im Gemeinsamen Markt unter wirtschaftlichem und EWG-kartellrechtlichem Aspekt, Köln-Berlin-München-Bonn 1962 *(Vertriebsbindungen)*
– Die wirtschaftliche Bedeutung der Alleinvertriebsbindungen, MA 1963, 11 f. *(Alleinvertriebsbindungen)*
– Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, MA 1965, 303 f. *(Universalvertrieb oder Selektivvertrieb)*
– Grundzüge industrieller Kooperationspolitik, WuW 1966, 223 f. *(Kooperationspolitik)*

– Vertikale Kooperation zwischen Industrie und Handel, MA 1968, 420 f. *(Vertikale Kooperation)*
– Neue Vertriebswege und kooperative Absatzwirtschaft, MA 1970, 523 f. *(Neue Vertriebswege)*
– Kooperative Absatzwirtschaft, Köln-Berlin-Bonn-München 1971 *(Kooperative Absatzwirtschaft)*

SOMMER, R. — Die Marketing-Konzeption und ihr Einfluss auf das absatzwirtschaftliche Instrumentarium des Markenartikels, Diss. München 1968

SONTAG, P.-M. — Ausschliesslichkeitsverträge – Individualschutz und Wettbewerbsschutz, WRP 1970, 229 f.

SPENGLER, A. — Das marktbeherrschende Unternehmen im EWG-Vertrag, WuW 1961, 509 f.

SPOENDLIN, K. — Zum Schutz des Wettbewerbs im schweizerischen Recht, Revue suisse du droit international de la concurrence 1978, Heft 1, 17 f.

SPORMANN, K. — Die Gruppenfreistellung zweiseitiger Alleinvertriebsvereinbarungen, AWD 1967, 175 f. *(Gruppenfreistellung)*
– Konturen einer Europäischen Wettbewerbspolitik, AWD 1968, 131 f. *(Konturen)*
– Alleinvertrieb nach Drittländern und Verkaufssyndikate, AWD 1968, 457 f. *(Alleinvertrieb nach Drittländern)*
– Die Aufweichung des Kartellverbots im Europäischen Wettbewerbsrecht, WuW 1970, 459 f. *(Aufweichung)*
– Europäischer Alleinvertrieb, WRP 1971, 49 f. *(Europäischer Alleinvertrieb)*
– Die Entwicklung der europäischen Wettbewerbspolitik in den Jahren 1970 und 1971, AWD 1972, 437 f. *(Entwicklung)*

SPRÜNGLI, H.R. — Der unlautere Wettbewerb, Diss. Zürich 1954

STÄGER, P. — Zahlungsbedingungen (Terms of Payment), in: ME, Band 10, 3512 f.

STANTON, W.J. — Fundamentals of Marketing, New York u.a. 1971

STARCK, J. — Vertikale Preisempfehlung im Wettbewerb, Düsseldorf 1966

STECKHAN, R. — Die "Zwischenstaatlichkeitsklausel" des Art. 85 EWG im Lichte der amerikanischen Handelsklauselrechtsprechung, Diss. Saarland 1962

STEINDORFF, E. — Zweckmässigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt a.M. 1959 *(Zweckmässigkeit)*
– Vertikale Preisbindung im Gemeinsamen Markt der EWG, ZHR 1961, 182 f. *(Preisbindung)*
– Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaften und das nationale Recht, in: Kartelle und

Monopole im modernen Recht, Band 1, Karlsruhe 1961, 157 f. *(Wettbewerbsrecht)*
– Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Darmstadt 1977 *(Wirtschaftsrecht)*

STEINER, F.A.E. Beziehungen zwischen Auftragsstruktur und Absatzpolitik, Diss. Zürich 1969

STEINMANN, M.F. Massenmedien und Werbung, Freiburg i.Br. 1971

STEUBER, K. Werbung und Wohlstand, Zürich und St. Gallen 1958

STIGLER, G.J. The Theory of Price, London 1966

VON STOEPHASIUS, H.P. Anwendung des Europäischen Kartellrechts auf Unternehmen mit Sitz in Drittstaaten, Diss. Göttingen 1971

STÖVER, K.H. Vertriebssysteme im EWG-Raum, in: Neue Entwicklungen im EWG-Kartellrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1977, 97 f.

STREISSLER, E. Die gesamtwirtschaftlichen Funktionen der Werbung, Zeitschrift für Nationalökonomie 1965, 243 f.

STUMPF, H. Verträge mit Vertragshändlern (Eigenhändler), Frankfurt a.M. 1966
- Der Vertragshändlervertrag, unter Einschluss des EG-Kartellrechts, 2. Auflage, Heidelberg 1979 *(Vertragshändlervertrag)*

STUMPF H./ LINDSTAEDT, W. Ausschliessliche Patentlizenzen und Exportverbote in der Entscheidungspraxis der EG-Kommission, Bb 1973, 406 f.

STUMPF, H./LÖSCH, E. Vertragshändler- (Alleinvertriebs-) Verträge und EWG-Kartellrecht, Heidelberg 1973

SUNDHOFF, E. Absatzorganisation, Wiesbaden 1958 *(Absatzorganisation)*
– Über vertikale Absatzbindungen, in: Betriebswirtschaft und Marktpolitik, Festschrift für R. Seyffert, Köln und Opladen 1968, 479 f. *(Absatzbindungen)*
– Werbung als Faktor der Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Erster Band, Berlin 1971, 409 f. *(Werbung)*

SYZ, D. Die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen, Diss. Zürich 1972

LE TALLEC, G. Die Wettbewerbsregeln in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes, AWD 1966, 437 f.

TEICHMANN, A. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel in Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag, WuW 1969, 671 f.

TESSIN, C. Alleinvertriebsverträge im Wettbewerbsrecht des Gemeinsamen Marktes, AWD 1962, 128 f. *(AVV)*
– EWG-Kommission erteilt erstes Negativattest, AWD 1964, 114 *(Negativattest)*
– Alleinvertriebsverträge im EWG-Kartellrecht, DB 1966, 1261 f. *(AVV im EWG-Kartellrecht)*
– Gruppenfreistellung für Alleinvertriebsverträge, NJW 1967, 1164 f. *(Gruppenfreistellung)*
– Anmerkung zum Urteil "de Haecht" des Europäischen Gerichtshofes, AWD 1968, 18 f. *(De Haecht)*
– Markenartikelvertrieb nach der 2. Kartellgesetznovelle, GRUR 1974, 683 f. *(Markenartikelvertrieb)*

TETZLAFF, H. Die Diskriminierung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Göttingen 1963

TETZNER, H. Kartellrecht, München und Berlin 1967

THEISEN, P. Kundendienstpolitik, in: HdAw, 1155 f.

THIESING, J. Die Abgrenzung des relevanten Marktes in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu Art. 85 und 86 EWGV, in: Festschrift für G. Hartmann, Köln-Berlin-Bonn-München 1976, 355 f.

THOMA, H. Dynamischer Einzelhandel und Markenartikel, in: Markenartikel heute, Marke, Markt und Marketing, Wiesbaden 1978, 255 f.

THUMMEL, B. Entwicklung einer Konzeption zur Bestimmung des langfristig-strategischen Marketing-Mix, Bern 1972

VON THUR, A./ESCHER, A. Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974

THURMANN, P. Grundformen des Markenartikels – Versuch einer Typologie, Diss. Berlin 1961

TIETZ, B. Die Dynamik der Kooperation, Zur Weiterentwicklung der vertikalen Kooperation aus der Sicht des Markenartikelherstellers, MA 1968, 233 f. *(Kooperation)*
– Die Grundlagen des Marketing, Band 2, Die Marktpolitik, München 1975 *(Marketing I)*
– Marketing, Tübingen 1978 *(Marketing II)*

TILLMANN, W. Zusammenarbeit und Kartellverbot, Diss. Heidelberg 1966

TRESCH, W. Vertriebsorganisation in der Markenartikelindustrie, Diss. Zürich 1959

TRIEBENSTEIN, O. Der Wandel in den Beziehungen zwischen Produktion und Handel, in: Wandel im Handel, Wiesbaden 1962, 75 f.

TROLLER, A. Immaterialgüterrecht, Band I und II, Basel 1968 und 1971

TSCHUMI, H. — Vertikale Preisbindung und Markenartikel, Neue Tendenzen in der Schweiz, Diss. Neuchâtel 1962

TURNER, D.F. — The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, Harv.L.Rev. 1962, 655 f.

ULMER, E./BEIER, F.-K. — Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band I, Vergleichende Darstellung mit Vorschlägen zur Rechtsangleichung, Köln-Berlin-Bonn-München 1965

ULMER, P. — Zur Problematik vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen und zum Schutz des intrabrand-Wettbewerbs im GWB, ZHR 1968, 164 f. *(Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen)*
- Die Stellung des Vertragshändlers im französischen Recht, Stuttgart 1968 *(Stellung)*
- Der Vertragshändler, München 1969 *(Vertragshändler)*
- Anmerkung zu den Urteilen in den Rs. 5/69 und 10/69, EuR 1969, 344 f. *(Anmerkung)*
- Preis- und Vertriebsbindungen nach Wegfall der Exportverbote, Bb 1969, 16 f. *(Preis- und Vertriebsbindungen)*
- Der sachliche Anwendungsbereich des EWG-Kartellverbots, in: JurA, Wirtschaftsrecht I 1970, 5 f. *(Anwendungsbereich)*
- Absatzbindungen, in: HdAw, 26 f. *(Absatzbindungen)*
- Die Anwendung des erweiterten Diskriminierungsverbots auf Markenartikelhersteller, Bb 1975, 661 f. *(Diskriminierungsverbot)*
- Die Anwendung des EWG-Kartellrechts auf "nationale" Wettbewerbsbeschränkungen und ihre Folgewirkungen für das nationale Kartellrecht, in: Neue Entwicklungen im EWG-Kartellrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1977, 69 f. *(Nationale Wettbewerbsbeschränkungen)*

VISCHER, F. — Internationales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Band I, Basel und Stuttgart 1969, 509 f.

VOLHARD, R. — Unterschiedliche Behandlung von Fachgrosshändlern und C+C-Betrieben, WRP 1974, 510 f.

WADUSCHAT, G. — Export, in: ME, Band 3, 1017 f.

WÄLTERMANN, U. — Die rechtliche Behandlung der Exportkartelle im KG, Diss. Freiburg i.Ue. 1969

WEBER, H.K. — Der Absatzmarkt der industriellen Unternehmung, Formen und Typen, Köln und Opladen 1969

WEIBEL, H. — Die Kontrahierungsschuld im privaten Kartellrecht der Schweiz, Diss. Bern 1971

WEIL, B. — Die vorzeitige Aufhebung des Alleinvertretungsvertrages, SJZ 1935/36, 293 f.

WEINBERG, P. — Absatzwege, in HdAw, 179 f.

WEINHOLD-STÜNZI, H. — Grundlagen wirtschaftlicher Absatzführung, Bern 1964

WEIS, H.CH. — Marketing, Ludwigshafen 1977

WEISS, R. — Die Rechtsverhältnisse beim gemischten Vertrag nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Bern 1947

WENGLE, R. — Auswirkungen des Wettbewerbsrechts der EWG in der Schweiz, SJZ 1974, 101 f.

VON WERDT, R. — Zur Frage der Anwendung von Art. 85 des EWG-Vertrages auf Individualverträge, WuW 1962, 583 f.

WESTRICK, K. — Vertriebsbindungen bei Markenwaren, WuW 1957, 757 f.

WEYER, H. — EWG-Vertrag und Ausfuhrverbote, Bb 1962, 467 f.

WILDANGER, G./ MÜLLER, H.U. — Das privatrechtliche Diskriminierungsverbot im EWGV, in: Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts, Köln-Berlin-München-Bonn 1966, 111 f.

WILLEMSEN, A. — Wettbewerbstheorie – Wettbewerbspolitik und die kartellrechtlichen Bestimmungen des EWG-Vertrages und des EFTA-Vertrages, Bern 1971

WINKEL, K. — Die Alleinvertriebsverträge im französischen, deutschen und europäischen Recht, Diss. Mainz 1968

WIRTH, K.-B. — Der Einfluss von Eigenschaften der Ware auf ihren Absatzweg, Diss. München 1960

WISWEDE, G. — Soziologie des Verbraucherverhaltens, Stuttgart 1972

WÖHE, G. — Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 11. Auflage, München 1973

WOHLFAHRTH, E./ EVERLING, U./ GLAESNER, H.J./ SPRUNG, R. — Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar zum Vertrag, Berlin und Frankfurt 1960

WOLF, E. — Zum Kartellrecht der EWG, WuW 1962, 645 f.

WOLL, A. — Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 4. Auflage, München 1975

WONSCHIK, P. — Die Diskriminierung im Wettbewerb, Diss. Köln 1963

WULLSCHLEGER, E. — Die Absatzwege der Schweizerischen Nähmaschinenindustrie, Diss. Freiburg i.Ue. 1968

WÜRDINGER, H. — Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 1953, 721 f. *(Freiheit)*
– Exportkartell und EWG, WuW 1960, 313 f. *(Exportkartell)*

– Anmerkung zum Urteil "Grundig/Consten" des Europäischen Gerichtshofes, EuR 1966, 283 f. *(Grundig/Consten)*

WYNIGER, CH. Vom Alleinverkaufsvertrag, insbesondere im internationalen Privatrecht der Schweiz, Diss. Bern 1963

ZÄCH, R. Kartellrechtliche Probleme der Konzentration im Recht der EWG, WuR 1971, 199 f. *(Konzentration)*
– Die Rückabwicklung verbotener Kartelleistungen, dargestellt am Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften, Bern 1977 *(Rückabwicklung)*

ZIJLSTRA, J. Wirtschaftspolitik und Wettbewerbsproblematik in der EWG und ihren Mitgliedstaaten, Brüssel 1966

ZIMMERMANN, E. Diskriminierungsverbote für den privaten Geschäftsverkehr in den europäischen Gemeinschaftsverträgen, in: Beiträge zum EWG-Kartellrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1967, 179 f.

ZIMMERMANN, R. Vertragshändlerverträge und EG-Kartellrecht, in: Stumpf H., Der Vertragshändlervertrag, unter Einschluss des EG-Kartellrechts, 2. Auflage, Heidelberg 1979, 171 f. *(Vertragshändlerverträge)*

ZWEIFEL, M. Holdinggesellschaft und Konzern, Zürich 1973

# ENTSCHEIDREGISTER

Die Entscheide und Mitteilungen werden mit der in Klammern aufgeführten *Kurzbezeichnung* zitiert. Die nachfolgende Übersicht ist alphabetisch (nach den Kurzbezeichnungen) angelegt.

1. Kommission

a) Entscheide

Bayer/Gist-Brocades:Entscheidung der Kommission vom 15. Dezember 1975, ABl. Nr. L 30 vom 5.2.1976, 13 f. *(Bayer/Gist-Brocades)*

Arthur Bell and Sons Ltd.: Entscheidung der Kommission vom 28. Juli 1978, ABl. Nr. L 235 vom 26.8.1978, 15 f. *(Arthur Bell)*

Bendix-Mertens & Straet: Entscheidung der Kommission vom 1. Juni 1964, ABl. Nr. 92 vom 10.6.1964, 1426 f.; AWD 1964, 639 *(Bendix)*

Bayerische Motoren Werke AG: Entscheidung der Kommission vom 13. Dezember 1974, ABl. Nr. L 29 vom 3.2.1975, 1 f. *(BMW)*

BMW Belgium N.V. und belgische BMW-Vertragshändler: Entscheidung der Kommission vom 23. Dezember 1977, ABl. Nr. L 46 vom 17.2.1978, 33 f. *(BMW Belgium)*

Bomee-Stichting: Entscheidung der Kommission vom 21. November 1975, ABl. Nr. L 329 vom 23.12.1975, 30 f. *(Bomee-Stichting)*

Campari: Entscheidung der Kommission vom 23. Dezember 1977, ABl. Nr. L 70 vom 13.3.1978, 69 f. *(Campari)*

Christiani & Nielsen: Entscheidung der Kommission vom 18. Juni 1969, ABl. Nr. L 165 vom 5.7.1969, 12 f. *(Christiani/Nielsen)*

Cimbel: Entscheidung der Kommission vom 22. Dezember 1972, ABl. Nr. L 303 vom 31.12.1972, 24 f. *(Cimbel)*

Cobelpa/VNP: Entscheidung der Kommission vom 8. September 1977, ABl. Nr. L 242 vom 21.9.1977, 10 f. *(Cobelpa/VNP)*

The Distillers Company Limited: Entscheidung der Kommission vom 20. Dezember 1977, ABl. Nr. L 50 vom 22.2.1978, 16 f. *(Distillers)*

D.R.U./Blondel: Entscheidung der Kommission vom 8. Juli 1965, ABl. Nr. 131 vom 17.7.1965, 2194 f.; AWD 1965, 256 *(D.R.U./Blondel)*

Du Pont de Nemours Deutschland: Entscheidung der Kommission vom 14. Juni 1973, ABl. Nr. L 194 vom 16.7.1973, 27 f. *(Du Pont)*

Duro-Dyne/Europair: Entscheidung der Kommission vom 19. Dezember 1974, ABl. Nr. L 29 vom 3.2.1975, 11 f. *(Duro-Dyne/Europair)*

FRUBO: Entscheidung der Kommission vom 25. Juli 1974, ABl. Nr. L 237 vom 29.8.1974, 16 f. *(FRUBO)*

Gas-Warmwasserbereiter und -Badeöfen: Entscheidung der Kommission vom 3. Juli 1973, ABl. Nr. L 217 vom 6.8.1973, 34 f. *(Gas-Warmwasserbereiter)*

Gerofabriek: Entscheidung der Kommission vom 22. Dezember 1976, ABl. Nr. L 16 vom 19.1.1977, 8 f. *(Gerofabriek)*

Gewürze: Entscheidung der Kommission vom 21. Dezember 1977, ABl. Nr. L 53 vom 24.2.1978, 20 f. *(Gewürze)*

Goodyear Italiana – Euram: Entscheidung der Kommission vom 19. Dezember 1974, ABl. Nr. L 38 vom 12.2.1975, 10 f. *(Goodyear/Euram)*

Grosfillex/Fillistorf: Entscheidung der Kommission vom 11. März 1964, ABl. Nr. 58 vom 9.4.1964, 915 f.; GRUR Ausl. 1964, 381 f. *(Grosfillex/Fillistorf)*

Grundig/Consten: Entscheidung der Kommission vom 23. September 1964, ABl. Nr. 161 vom 20.10.1964, 2545 f.; GRUR Ausl. 1964, 582 f. *(Grundig/Consten)*

Hugin/Liptons: Entscheidung der Kommission vom 8. Dezember 1977, ABl. Nr. L 22 vom 27.1.1978, 23 f. *(Hugin/Liptons)*

Hummel/Isbecque: Entscheidung der Kommission vom 17. September 1965, ABl. Nr. 156 vom 23.9.1965, 2581 f.; AWD 1965, 356 f. *(Hummel/Isbecque)*

Jallatte-Voss und Jallatte-Vandeputte: Entscheidung der Kommission vom 17. Dezember 1965, ABl. Nr. 3 vom 6.1.1966, 37 f.; EuR 1966, 152 f. *(Jallatte/Voss/Vandeputte)*

Jaz-Peter: Entscheidung der Kommission vom 22. Juli 1969, ABl. Nr. L 195 vom 7.8.1969, 5 f. *(Jaz-Peter)*

Junghans: Entscheidung der Kommission vom 21. Dezember 1976, ABl. Nr. L 30 vom 2.2.1977, 10 f. *(Junghans)*

Kabelmetal: Entscheidung der Kommission vom 18. Juli 1975, ABl. Nr. L 222 vom 22.8.1975, 34 f. *(Kabelmetal)*

Haarden-en Kachelhandel: Entscheidung der Kommission vom 3. Juni 1975, ABl. Nr. L 159 vom 21.6.1975, 22 f. *(Kachelhandel)*

Kali und Salz II: Entscheidung der Kommission vom 21. Dezember 1973, ABl. Nr. L 19 vom 23.1.1974, 22 f. *(Kali und Salz)*

Kawasaki: Entscheidung der Kommission vom 12. Dezember 1978, ABl. Nr. L 16 vom 23.1.1979, 9 f. *(Kawasaki)*

Keramische Fliesen: Entscheidung der Kommission vom 29. Dezember 1970, ABl. Nr. L 10 vom 13.1.1971, 15 f. *(Keramische Fliesen)*

Kodak: Entscheidung der Kommission vom 30. Juni 1970, ABl. Nr. L 147 vom 7.7.1970, 24 f. *(Kodak)*

Kugellager: Entscheidung der Kommission vom 29. November 1974, ABl. Nr. L 343 vom 21.12.1974, 19 f. *(Kugellager)*

De Laval-Stork: Entscheidung der Kommission vom 25. Juli 1977, ABl. Nr. L 215 vom 23.8.1977, 11 f. *(Laval-Stork)*

MAN/SAVIEM: Entscheidung der Kommission vom 17. Januar 1972, ABl. Nr. L 31 vom 4.2.1972, 29 f. *(MAN/SAVIEM)*

Miller International Schallplatten GmbH: Entscheidung der Kommission vom 1. Dezember 1976, ABl. Nr. L 357 vom 29.12.1976, 40 f. *(Miller)*

Nicholas Frères-Vitapro: Entscheidung der Kommission vom 30. Juli 1964, ABl. Nr. L 136 vom 26.8.1964, 2287 f.; GRUR Ausl. 1965, 25 f. *(Nicholas/Vitapro)*

Omega: Entscheidung der Kommission vom 28. Oktober 1970, ABl. Nr. L 242 vom 5.11.1970, 22 f. *(Omega)*

Deutsche Philips GmbH: Entscheidung der Kommission vom 5. Oktober 1973, ABl. Nr. L 293 vom 20.10.1973, 40 f. *(Philips)*

Pittsburgh Corning Europe – Formica Belgium – Hertel: Entscheidung der Kommission vom 23. November 1972, ABl. Nr. L 272 vom 5.12.1972, 35 f. *(Pittsburgh Corning Europe)*

Prym-Beka: Entscheidung der Kommission vom 8. Oktober 1973, ABl. Nr. L 296 vom 24.10.1973, 24 f. *(Prym-Beka)*

Rank/Sopolem: Entscheidung der Kommission vom 20. Dezember 1974, ABl. Nr. L 29 vom 3.2.1975, 20 f. *(Rank/Sopolem)*

Raymond-Nagoya: Entscheidung der Kommission vom 9. Juni 1972, ABl. Nr. L 143 vom 23.6.1972, 39 f. *(Raymond-Nagoya)*

Rieckermann/AEG-Elotherm: Entscheidung der Kommission vom 6. November 1968, Abl. Nr. L 276 vom 14.11.1968, 25 f. *(Rieckermann/AEG-Elotherm)*

Rijwielhandel: Entscheidung der Kommission vom 2. Dezember 1977, ABl. Nr. L 20 vom 25.1.1978, 18 f. *(Rijwielhandel)*

SABA: Entscheidung der Kommission vom 15. Dezember 1975, ABl. Nr. L 28 vom 3.2.1976, 19 f. *(SABA)*

Sirdar/Phildar: Entscheidung der Kommission vom 5. März 1975, ABl. Nr. L 125 vom 16.5.1975, 27 f. *(Sirdar/Phildar)*

Theal/Watts: Entscheidung der Kommission vom 21. Dezember 1976, ABl. Nr. L 39 vom 10.2.1977, 19 f. *(Theal/Watts)*

Wm. Teacher and Sons Ltd.: Entscheidung der Kommission vom 28. Juli 1978, ABl. Nr. L 235 vom 26.8.1978, 20 f. *(Teacher)*

WEA-Filipacchi Music S.A.: Entscheidung der Kommission vom 22. Dezember 1972, ABl. Nr. L 303 vom 31.12.1972, 52 f. *(WEA-Filipacchi)*

Zanussi: Entscheidung der Kommission vom 23. Oktober 1978, ABl. Nr. L 322 vom 16.11.1978, 36 f. *(Zanussi)*

Zoja/CSC-ICI: Entscheidung der Kommission vom 14. Dezember 1972, ABl. Nr. L 299 vom 31.12.1972, 51 f. *(Zoja)*

Europäische Zuckerindustrie: Entscheidung der Kommission vom 2. Januar 1973, ABl. Nr. L 140 vom 26.5.1973, 17 f. *(Zuckerkartell)*

b) Mitteilungen, Äusserungen von Beschwerdepunkten

Adox: Mitteilung der Kommission, 2. Wettbewerbsbericht, 56 *(Adox)*

AEG-Telefunken: Mitteilung der Kommission, Bull. 11-1974, 39 *(AEG-Telefunken)*

Agfa-Gevaert: Mitteilung der Kommission, Bull. 2-1970, 67 f. *(Agfa-Gevaert)*

Billiton-Metal and Thermit Chemicals: Mitteilung der Kommission, 7. Wettbewerbsbericht, 122 *(Billiton)*

Citroen: Bekanntmachung der Kommission über Alleinvertriebsverträge und Exportverbote innerhalb des Gemeinsamen Marktes, Brief vom 30.6.1972, AWD 1972, 419 f. *(Citroen)*

Constructa GmbH: Mitteilung der Kommission, Bull. 7/8-1974, 41 *(Constructa)*

Convention Faiance: Mitteilung der Kommission, Bull. 5-1964, 53 f. *(Convention Faiance)*

Dior/Lancôme: Mitteilung der Kommission, 4. Wettbewerbsbericht, 71 f. *(Dior/Lancôme)*

Französische Mineralwasserfirmen: Mitteilung der Kommission, 6. Wettbewerbsbericht, 93 f. *(Französische Mineralwasserfirmen)*

Niederländischer Verlegerverband: Mitteilung der Kommission, 6. Wettbewerbsbericht, 93 *(Niederländischer Verlegerverband)*

SABA: Stellungnahme der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zu Export- und Reimportverboten, AWD 1971, 289 f. *(SABA)*

Sperry Rand GmbH: Mitteilung der Kommission, Bull. 1-1974, 42 *(Sperry Rand)*

S.p.A. Industrie A. Zanussi, Mitteilung der Kommission, 7. Wettbewerbsbericht 27 *(Zanussi)*

2. Gerichtshof

Béguelin Import Co. gegen S.A.G.L. Import Export: Urteil des Gerichtshofes vom 25. November 1971, Rs. 22/71, Rspr. 1971, 949 f. *(Béguelin)*

Brauerei A. Bilger Söhne GmbH gegen Heinrich Jehle und Marta Jehle: Urteil des Gerichtshofes vom 18. März 1970, Rs. 43/69, Rspr. 1970, 127 f. *(Bilger/Jehle)*

Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd gegen Robert Bosch GmbH u.a.: Urteil des Gerichtshofes vom 6. April 1962, Rs. 13/61, Rspr. 1962, 97 f. *(Bosch)*

Aktiengesellschaft Brasserie de Haecht gegen Herrn Oscar Wilkin und Frau Marie Janssen: Urteil des Gerichtshofes vom 12. Dezember 1967, Rs. 23/67, Rspr. 1967, 543 f. *(De Haecht)*

Société anonyme Cadillon gegen Firma Höss, Maschinenbau KG: Urteil des Gerichtshofes vom 6. Mai 1971, Rs. 1/71, Rspr. 1971, 351 f. *(Cadillon/Höss)*

Centrafarm B.V. und Adriaan De Peijper gegen Sterling Drug Inc.: Urteil des Gerichtshofes vom 31. Oktober 1974, Rs. 15/74, Rspr. 1974, 1147 f. *(Centrafarm)*

Eheleute Alexis De Norre und Martine De Clercq gegen N.V. Brouwerij Concordia: Urteil des Gerichtshofes vom 1. Februar 1977, Rs. 47/76, Rspr. 1977, 65 f. *(Concordia)*

Europemballage Corporation u. Continental Can Company Inc. gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Urteil des Gerichtshofes vom 21. Februar 1973, Rs. 6/72, Rspr. 1973, 215 f. *(Continental Can)*

Fratelli Dalle Crode gegen Van Vliet Kwasten-en Ladderfabriek N.V.: Urteil des Gerichtshofes vom 1. Oktober 1975, Rs. 25/75, Rspr. 1975, 1103 f. *(Dalle Crode/Van Vliet)*

Staatsanwaltschaft gegen Benoît und Gustave Dassonville: Urteil des Gerichtshofes vom 11. Juli 1974, Rs. 8/74, Rspr. 1974, 837 f. *(Dassonville)*

Deutsche Grammophon GmbH gegen METRO-SB-Grossmärkte GmbH u. Co. KG: Urteil des Gerichtshofes vom 8. Juni 1971, Rs. 78/70, Rspr. 1971, 487 f. *(DGG)*

EMI Records Limited gegen CBS United Kingdom Limited: Urteil des Gerichtshofes vom 15. Juni 1976, Rs. 51/75, Rspr. 1976, 811 f. *(EMI/CBS)*

J.R. Geigy AG gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Urteil des Gerichtshofes vom 14. Juli 1972, Rs. 52/69, Rspr. 1972, 787 f. *(Geigy)*

Consten GmbH und Grundig Verkaufs-GmbH gegen Kommission der EWG: Urteil des Gerichtshofes vom 13. Juli 1966, Rs. 56 und 58/64, Rspr. 1966, 321 f. *(Grundig/Consten)*

Imperial Chemical Industries Ltd. gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Urteil des Gerichtshofes vom 14. Juli 1972, Rs. 48/69, Rspr. 1972, 619 f. *(ICI)*

Regierung der Italienischen Republik gegen Kommission der EWG: Urteil des Gerichtshofes vom 13. Juli 1966, Rs. 32/65, Rspr. 1966, 457 f. *(Italienische Republik)*

METRO SB-Grossmärkte GmbH u. Co. KG gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Urteil des Gerichtshofes vom 25. Oktober 1977, Rs. 26/76, Rspr. 1977, 1875 f. *(Metro)*

Miller International Schallplatten GmbH gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Urteil des Gerichtshofes vom 1. Februar 1978, Rs. 19/77, Rspr. 1978, 131 f. *(Miller)*

Société Technique Minière (LTM) gegen Maschinenbau Ulm GmbH (MBU): Urteil des Gerichtshofes vom 30. Juni 1966, Rs. 56/65, Rspr. 1966, 281 f. *(Minière/Maschinenbau Ulm)*

Parfums Marcel Rochas Vertriebs-GmbH gegen Helmut Bitsch: Urteil des Gerichtshofes vom 30. Juni 1970, Rs. 1/70, Rspr. 1970, 515 f. *(Rochas)*

SA Fonderies Roubaix Wattrelos gegen Société Nouvelle des Fonderies A. Roux und Société des Fonderies JOT: Urteil des Gerichtshofes vom 3. Februar 1976, Rs. 63/75, Rspr. 1976, 111 f. *(Roubaix/Roux)*

Sirena S.r.l. gegen Eda S.r.l.: Urteil des Gerichtshofes vom 18. Februar 1971, Rs. 40/70, Rspr. 1971, 69 f. *(Sirena)*

Groupement des Fabricants de Papiers Peints de Belgique und andere gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften und Jean-Marie Pex: Urteil des Gerichtshofes vom 26. November 1975, Rs. 73/74, Rspr. 1975, 1499 f. *(Tapetenhersteller)*

United Brands Company und United Brands Continental BV gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften ("Chiquita Bananen"): Urteil des Gerichtshofes vom 14. Februar 1978, Rs 27/76, Rspr. 1978, 207 f. *(United Brands)*

Franz Völk gegen Ets. J. Verwaecke s.p.r.l.: Urteil des Gerichtshofes vom 9. Juli 1969, Rs. 5/69, Rspr. 1969, 295 f. *(Völk/Verwaecke)*

Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. und Commercial Solvents Corporation gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Urteil des Gerichtshofes vom 22. Januar 1974, Rs. 6 und 7/73, Rspr. 1974, 223 f. *(Zoja)*

Coöperatieve vereniging "Suiker Unie" UA und andere gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Urteil des Gerichtshofes vom 16. Dezember 1975, Rs. 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73, Rspr. 1975, 1663 f. *(Zucker)*

# ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

| | |
|---|---|
| a.a.O. | am angeführten Ort |
| Abs. | Absatz |
| ABl. | Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften |
| a.M. | andere(r) Meinung |
| Art. | Artikel |
| AVV | Alleinvertriebsvertrag |
| AWD | Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters |
| Bb | Betriebs-Berater |
| Bd. | Band |
| betr. | betreffend |
| BGE | Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung) |
| BGH | Bundesgerichtshof (Deutschland) |
| BKartA | Bundeskartellamt (Deutschland) |
| BMWi | Bundeswirtschaftsministerium (Deutschland) |
| Bull. | Bulletin der Europäischen Gemeinschaften |
| CDE | Cahiers de Droit Européen |
| CMLRev. | Common Market Law Review |
| DB | Der Betrieb |
| ders. | derselbe |
| d.h. | das heisst |
| Diss. | Dissertation |
| EFTA | Europäische Freihandelsassoziation |
| EG | Europäische Gemeinschaften |
| EuGH | Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften |
| EuR | Europarecht |
| EWG | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft |
| EWGV | Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft |
| Fn. | Fussnote |
| GA | Generalanwalt |
| gl.M. | gleiche(r) Meinung |
| GRUR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht |
| GRUR Ausl. | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und internationaler Teil |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. Juli 1957 (Deutschland) |
| HarvILCJ | Harvard International Law Club Journal |
| Harv.L.Rev. | Harvard Law Review |
| HdAw | Handwörterbuch der Absatzwirtschaft, Stuttgart 1974 |
| HdO | Handwörterbuch der Organisation, Stuttgart 1969 |
| HGB | Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (Deutschland) |
| HkDS | Handelskammer Deutschland-Schweiz |
| h.M. | herrschende(r) Meinung |
| Hsg. | Herausgeber |
| insb. | insbesondere |
| i.S. | in Sachen |
| JurA | Juristische Analysen |
| JZ | Juristen-Zeitung |
| KG | Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962 (Schweiz) |
| lit. | litera |
| MA | Der Markenartikel |
| ME | Management Enzyklopädie, Taschenbuchausgabe in 10 Bänden, München 1975 |

| | |
|---|---|
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| Nr. | Nummer |
| NZZ | Neue Zürcher Zeitung |
| OR | Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911 und 18. Dezember 1936 (Schweiz) |
| OLG | Oberlandesgericht (Deutschland) |
| ORDO | Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft |
| RabelsZ | Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht |
| RIW/AWD | Recht der Internationalen Wirtschaft/Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters |
| Rn. | Randnummer |
| Rs. | Rechtssache(n) |
| Rspr. | Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften |
| SAG | Schweizerische Aktiengesellschaft |
| sc. | scilicet (nämlich) |
| sect. | section |
| sh. | siehe |
| SHZ | Schweizerische Handels-Zeitung |
| SJK | Schweizerische Juristische Kartothek |
| SJZ | Schweizerische Juristen-Zeitung |
| u.a. | unter anderem(n) |
| UWG | Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943 (Schweiz) |
| v. | versus |
| VDMA | Verein Deutscher Maschinenbau-Anstalten |
| Verf. | Verfasser |
| vergl. | vergleiche |
| Vo | Verordnung |
| VSKk | Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission |
| WRP | Wettbewerb in Recht und Praxis |
| WuR | Wirtschaft und Recht |
| WuW | Wirtschaft und Wettbewerb |
| WuW/E | Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidsammlung |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZBJV | Zeitschrift des bernischen Juristenvereins |
| ZfB | Zeitschrift für Betriebswirtschaft |
| ZfhwF | Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung |
| ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 |
| ZHR | Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht |
| zit. | zitiert |
| ZSR | Zeitschrift für Schweizerisches Recht |